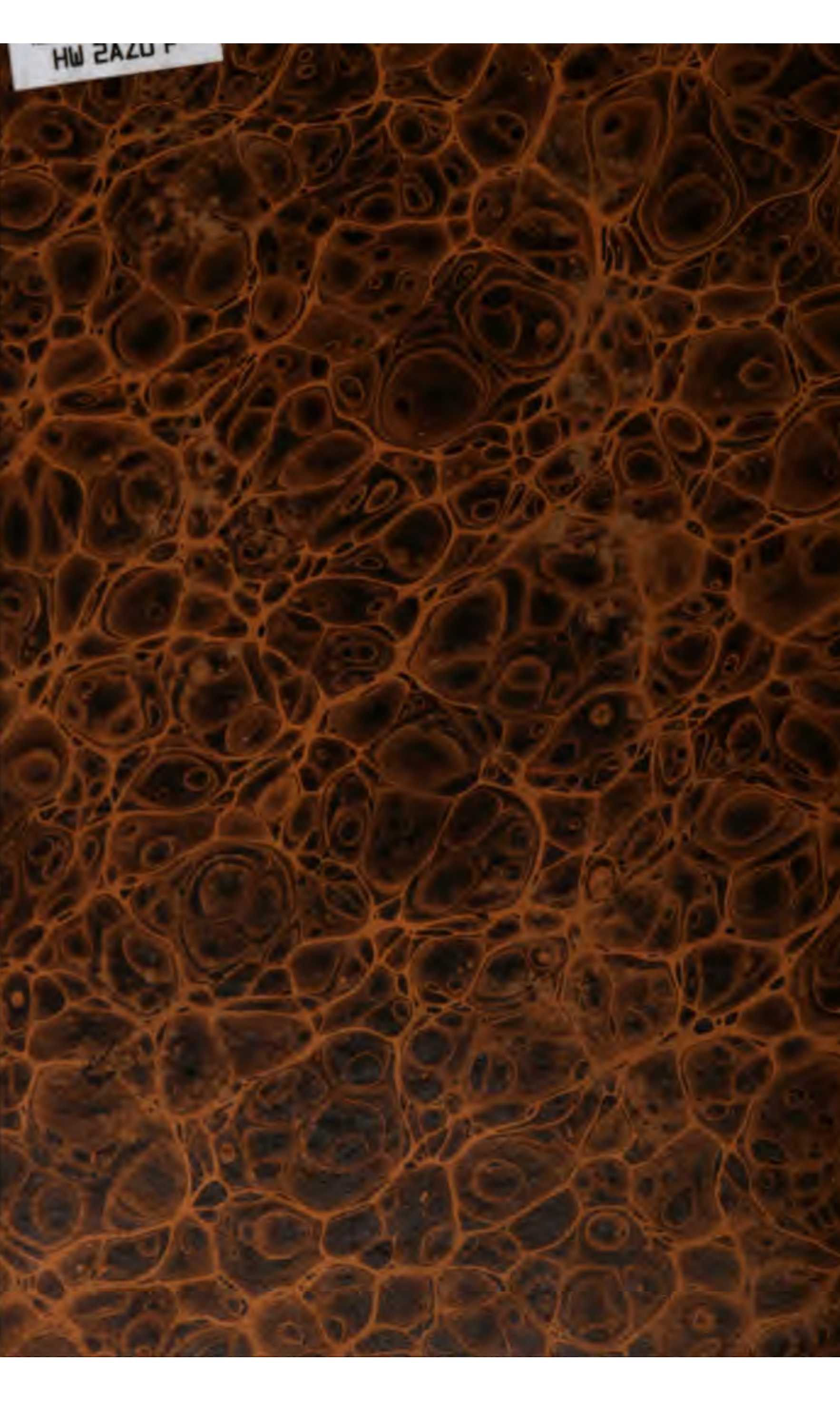



HW 2A20 F


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE

F. Zeinberger 25 3/6.

38

Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

Herausgegeben von

Dr. J. T. B. Linde,
Großherzogl. Hess. Ministerialrathe zu Darmstadt.

Dr. Th. G. L. Marezoll,
Großherzogl. Hess. Ober-Appellations-Gerichts-Rathe und öffentl. ord. Professor des Rechts zu Gießen.

Dr. J. N. von Wening-Ingenheim,
Königl. Baiersch. Hofrathe und öffentl. ordentl. Professor des Rechts zu München.

Vierter Band.

Gießen 1831,
bei G. F. Heyer.

Inhalt des vierten Bandes.

I.

Ueber die Appellation von Beiurtheilen.

Von Linde.

Bekanntlich bildete sich im römischen Gerichtsverfahren erst unter der Kaiserregierung eine bestimmtere Unterordnung der verschiedenen Gerichte, und damit für die wiederholte successive Erörterung, Prüfung und Entscheidung derselben Sache ein förmlicher Instanzenzug [1]). In Bezug auf die Appellationsinstanz [2]), und insbesondere die Frage gegen welche richterliche Verfügungen das Rechtsmittel der Appellation zulässig oder nothwendig sey, stellte sich in der Justinianeischen Gesetzgebung der Grundsatz als practisch heraus, daß nur in wirklichen Streitsachen, und bei diesen nur gegen Definitiv-Urtheile Appellation zuläßig sey, und jedenfalls konnte Appellation auch nur dort nothwendig seyn, wo man appelliren durfte [3]). Ausnahmen von dieser Regel gab es gleichwohl, denn nicht nur wird in einem Pandectenfragmente aus SCAEVOLA Lib. IV. Regul. die allgemeine

1) Heffter Institut. S. 61 f.

2) Heffter a. a. O. S. 449 f.

3) Const. 1. 3. Cod. Theod. quorum app. non recip. 11, 36. Fr. 2. de appellat. non recip. 49, 5. Const. 6. pr. §. 3. Const. 21. 36. de appell. 7, 62. Const. 7. quorum appellat. non recip. 7, 65. Ueber Veränderungen in der Zwischenzeit vergl. Const. 18. pr. Cod. Theod. 11, 36. Const. 44. Cod. Theod. 11, 30.

Regel als practisches Recht hingestellt: „Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus sit" [1]; sondern wir finden auch einige Fälle, worin von dem allgemeinen Grundsatze, daß nur gegen Definitivurtheile appellirt werden dürfe, abgewichen wurde [2], und man hat vielleicht nicht ohne Grund behauptet, daß jene, von Scävola entlehnte, sehr allgemein lautende Bestimmung, doch nur auf den Fall bezogen werden dürfe, wo über einen präjudiziellen Incidentpunkt ein eigenes Verfahren eingeleitet, und ein besonderes Urtheil gefällt worden sey [3]. Immer blieben alsdann dennoch Ausnahmen übrig, weil außerdem auch in der Executionsinstanz, wenn der vollziehende Richter seine Befugnisse überschritt, appellirt werden durfte [4], und das sehr begreiflich, weil ja dann das Endurtheil schon vorlag, und eine höhere Prüfung der Verfügungen des Richters, die hiernach erfolgte, nicht mehr auf die Appellation gegen das Endurtheil verschoben werden konnte. Desgleichen durfte man vor der Definitivsentenz eines verdächtigen Richters appelliren [5]. Andere Fälle, welche auch wohl als Ausnahmen von dem angegebenen allgemeinen Grundsatze aufgeführt werden [6],

---

1) Fr. 2. de appell. recip. 49, 5.

2) Fr. 39. pr. de minorib. 4, 4. Const. 1. quor. appell. n. recip. 7, 65. — Const. 16. de sent. et interloc. 7, 45. Const. 30. de appellat. 7, 62. Const. 58. Cod. Theod. de appell. et p. car. et consult. 11, 30.

3) Nämlich rücksichtlich des Fr. 2. D. 49, 5. u. Fr. 39. pr. D. 4, 4. Bayer Vorträge S. 466.

4) Const. 21. de appellat. et consult. 7, 62. Const. 5. quorum appell. n. recip. 7, 65.

5) Const. 30. de appell. 7, 62. Conf. Const. 58. Cod. Theod. de appellat. et p. ear. et consult. 11, 30. S. jedoch Const. 16. de sentent. et interloc. 7, 45. und Heffter Institut. S. 482. Note 24.

6) So konnte man nämlich gegen die Uebertragung von honoribus und muneribus in den Municipien, Fr. 1. §. 2. quando appell.

könnten ihrer Natur nach eher als Fälle einer Art von Extrajudizialappellation betrachtet werden.

Durch das canonische Recht wurde das Gebiet der Appellationen über die Gebühr erweitert. Nicht blos gegen jede mögliche Verfügung eines Richters in einem anhängigen Prozesse, ohne Unterschied zwischen Definitivurtheilen und Interlocuten [1]), sondern auch gegen jede Beschwerde, welche Jemanden von einer richterlichen oder andern Behörde außer einem anhängigen Processe zugefügt worden war [2]), wurde Appellation gestattet, ja es war sogar eine appellatio generalis gegen alle Beschwerden, die ein Richter in einer Sache zufügen könnte [3]), zuläßig. Bei dieser grenzenlosen Begünstigung der Appellation mußte, neben den Grundsätzen über deren Zuläßigkeit, sich ein festeres Prinzip über die Nothwendigkeit des Rechtsmittels ausbilden, weil nach canonischem Rechte nicht, wie nach römischem, zu behaupten stand, wo Appellation zuläßig sey, da sey sie auch nothwendig, insofern nämlich der Eintritt der Rechtskraft verhütet werden solle. In dieser Beziehung befolgt das ältere canonische Recht folgende Grundsätze: Rücksichtlich der Definitivurtheile wurden die Bestimmungen des römischen Rechts adoptirt, d. h. wo Appellation gegen ein Definitivurtheil zuläßig ist, ist sie auch nothwendig, wenn die Beschwerde gehoben werden soll [4]). In Bezug auf Beiurtheile wurde

49, 4. Fr. 1. §. 1. de vacat. et exc. mun. 50, 5. Const. 1. de temp. appell. 7, 63. Const. 7. de appell. 7, 62., und gegen die Ernennung zum Vormund, Fr. 1. §. 1. quando appell. appelliren um seine Excusationen geltend zu machen.

1) Cap. 5. 12. X. de appell. 2, 28. Cap. 1. eod. in VI. 2, 15. Linde Lehrb. des Civilproz. §. 399.

2) Cap. 5. 12. X. 2, 28. Cap. 8 in VI. 2, 15. Clem. 3. de appell. 2, 12. Linde Lehrbuch des Civilproz. §. 413.

3) Cap. 18. X. 2, 28. Clem. 3. h. t. 2, 12. vergl. Cap. 2. X. h. t. 2, 28.

4) Cap. 12. 44. X. h. t. 2, 28. Cap. 1. h. t. in VI. 2, 15.

als Grundsatz befolgt: daß gegen solche Interlocute, deren Inhalt weder der Hauptsache präjudicirt, noch an sich nichtig ist, gleichfalls nothwendig selbstständig appellirt werden müsse, und ein solches Gravamen durch die Appellation von dem Definitivurtheile nicht mehr aufgehoben werden könne [1]). In allen übrigen Fällen, worin Appellation zuläßig war, durfte sie dennoch unterbleiben, oder war, mit andern Worten, insofern nicht nothwendig, als die Beschwerde bei Gelegenheit der Appellation von dem Definitivurtheile vorgebracht, und gehoben werden durfte [2]). Bemerkenswerth ist hierbei, daß das ältere canonische Recht nicht zwischen solchen Interlocuten, welche die Kraft eines Endurtheils haben, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist, unterscheidet, und daß, insofern Interlocute mit der Kraft eines Endurtheils ihrer Natur und ihrem Inhalte nach mehr oder weniger den Inhalt des Endurtheils bestimmen, sie allerdings unter den Begriff eines Interlocuts fallen, welches parat praeiudicium negotio principali, und daß eben deshalb nach älterm canonischen Rechte dagegen Appellation nicht nothwendig war, und die Beschwerde noch bei Gelegenheit

---

Linde Lehrb. §. 399. Damit ist nicht behauptet, daß nicht unter Umständen auch durch andere Rechtsmittel eine Abänderung der beschwerenden Verfügungen erwirkt werden könne.

1) Cap. 12. de appell. in VI. 2, 15. „Ubi vero interlocutoria super eo profertur, quod non parat praeiudicium negotio principali, vel iudicium nullum reddit, nisi fuerit appellatum ab ipsa, per appellationem a definitiva postea interiectam, gravamen illatum nequaquam poterit revocari". Auch hierbei verstand sich von selbst, daß, wenn die Definitivsentenz so frühzeitig erfolgte, daß die Interposition der Appellation gegen das Interlocut noch zuläßig war, diese Appellation gleichzeitig mit der Appellation gegen das Definitivurtheil angebracht, cumulirt werden konnte.

2) Cap. 12. in VI 2, 15.

der Appellation gegen das Endurtheil angebracht und gehoben werden konnte [1]).

Das Tridentinische Concilium suchte das Gebiet der Appellationen wieder mehr auf eine zweckmäßige Weise zu beschränken, indem es den Grundsatz aufstellte: daß nur von Endurtheilen und solchen Zwischenurtheilen, welche gleiche Kraft eines Endurtheils haben, und wo der Beschwerde durch eine spätere Appellation, nach entschiedener Hauptsache nicht mehr abgeholfen werden könne, sollte appellirt werden dürfen [2]). Zweifelhaft bleibt bei dieser Bestimmung immer, welche Interlocute unter solchen die die Kraft eines Definitivurtheils haben und [3]) deren Beschwerde durch die Appellation von der Definitive nicht mehr reparirt werden kann, gemeint sind; denn es ist deren Wesen nicht bestimmt genug erkennbar gemacht. Nur so viel geht aus der Verordnung hervor, daß die Appellation von Interlocuten nur dann zulässig seyn sollte, wenn sie nothwendig war, und daß die Nothwendigkeit darnach beurtheilt werden sollte, ob die Be-

---

1) Von der Anwendung dieser Ansicht auf das Beweisinterlocut werde ich in einem besonderen Aufsatze reden.

2) Conc. Trident. Sess. 24. Cap. 20. de reform. „Causae omnes ad forum ecclesiasticum quomodolibet pertinentes, etiamsi beneficiales sint, in prima instantia coram ordinariis locorum duntaxat cognoscantur . . . neque appellationes ab eisdem interpositae per superiores quoscunque recipiantur, eorumque commissio aut inhibitio fiat, nisi a diffinitiva, vel a definitivae vim habente, et cuius gravamen per appellationem a definitiva reparari nequeat." Cf. Conc. Trid. Sess. 13. Cap. 1. in f.

3) Die Bestimmung des Trident. Conciliums scheint mir nicht disjunctiv (wie sie Bayer Vorträge S. 467. nimmt) sondern conjunctiv verstanden werden zu müssen, denn der Nachsatz: „et cuius gravamen — nequeat" soll den unmittelbar vorhergehenden „vel a definitivae vim habente" allein näher bestimmen, nicht aber eine dritte Art von Interlocuten bezeichnen, denn in diesem Falle müßte der Satz wohl mit „vel" beginnen.

schwerde noch bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile gehoben werden konnte; aber es ist nirgends ein Prinzip angegeben wornach dieses bemessen werden soll, und also auch hierdurch keine Klarheit und Bestimmtheit in die Lehre über die Nothwendigkeit der Appellation gebracht, und das Prinzip der Zuläßigkeit gewissermaaßen erschüttert und unbestimmter geworden, weil die Zuläßigkeit durch die Nothwendigkeit bedingt, und die letztere gesetzlich nicht erkennbar gemacht ist. In dieser Unbestimmtheit mag der Grund gelegen haben, weshalb die Praxis sich niemals nach den Bestimmungen des Tridentiner Conciliums, sondern nach denen des ältern canonischen Rechtes richtete, und die grenzenlose Appellationslizenz fortwährend anerkannte.

Die deutsche Reichsgesetzgebung hatte schon vor dem Tridentiner Concilium die Appellationswillkühr des ältern canonischen Rechts dadurch aufzuheben gesucht, daß sie ausdrücklich die Vorschriften des römischen Rechtes erneuerte.

C. G. O. v. 1495. §. 20.

„Item als teglich durch unnotürfftig vnd feuerlich Appellacion, die von beyurteil, Interlocutorie genant geuerlich umb verlengerung des rechten beschehen, auch vil Costen vnd schaden erlitten werden, so soll hinfüran das Cammergericht die Appellacion in solchen Interlocutorien nit annemen, wo die Beswerung in der Appellacion bestimpt, durch die Appellacion von der endurteil der Hauptsache möcht erstätt und herwider bracht werden, wie das in Keyserlichen rechten geordent vnd begriffen ist."

Durch die C. G. O. v. 1555, welche die eben angegebene Bestimmung der C. G. O. v. 1495 wörtlich wiederholte [1]), wurde nun außerdem ein Unterschied zwischen solchen Bei-

1) S. schon Notariatsordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1. u. C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6.

urtheilen, welche die Kraft eines Endurtheils haben, und solchen Beiurtheilen, welche solche Kraft zwar nicht haben, aber doch Appellation nothwendig machen, weil die Beschwerungen durch die Appellation von dem Endurtheil nicht mehr gehoben werden können, gemacht, und für beide Fälle das Verfahren vorgeschrieben, so daß für Fälle der ersten Art das gewöhnliche Appellationsverfahren, für Fälle der zweiten Art aber einige Abweichungen davon eintreten sollten [1]).

Versucht man aus diesen gesetzlichen Bestimmungen dasjenige zusammenzustellen, was sich als anzuwendende Theorie herausstellt; so kommt man zu dem Resultate:

1) nach dem heutigen gemeinen Prozeßrechte muß gegen solche Interlocute, welche die Kraft eines Endurtheils haben, nothwendig Appellation ergriffen werden, und das eintretende Verfahren weicht von dem bei der Appellation gegen Endurtheile nicht ab;

2) gegen solche Interlocute wodurch Beschwerden zugefügt werden, welche durch Appellation von dem Endurtheile nicht mehr gehoben werden können, ist Appellation bald nothwendig, bald zwar zuläßig aber nicht gerade nothwendig. Dies Appellationsverfahren ist zum Theil eigenthümlich normirt.

---

1) C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 3. „Vnd so von Beyvrtheile, die krafft einer Endvrtheil hatten, appellirt würde, so soll der Appellant in schrifften, er intervallo, oder mündtlich, in continenti, wie von andern Endvrtheile, zu appelliren macht haben.“ §. 4. „Wo aber von andern Interlocutorien und beschwerungen, die durch mittel der Appellation von der Endvrtheil nit widerbracht werden mögen, appellirt würde, so soll sollich Appellation in schriften vnd mit anzeigung der vrsach der beschwerden, geschehen; angesehen, daß dieselbig auß andere vrsachen nit mag gerechtfertigt werden.“ S. noch §. 5. daselbst u. Th. III. Tit 31. §. 11. R. A. v. 1570. §. 91. D. A. v. 1600. §. 115. J. R. A §. 58. 70.

Man könnte zwar sagen, daß es der Theorie nach keinen Fall gebe, worin die zuläßige Appellation nicht zugleich nothwendig sey; da die C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6. ja durchaus deutlich bestimme, daß eine Appellation von einem Interlocut nur dann zuläßig sey, wenn die Beschwerde durch die Appellation von dem Endurtheile nicht mehr gehoben werden könne; und wenn gleich dieselbe C. G. O. II. 29. §. 3. 4. wieder die Appellation von Beiurtheilen mit der Kraft eines Endurtheils von derjenigen unterscheide, welche gegen Interlocutorien und Beschwerungen, die durch Mittel der Appellation von der Endurtheil nicht wiederbracht werden mögen, statt finden; so werde dadurch offenbar nicht gesagt, daß Interlocute mit der Kraft eines Endurtheils bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile noch reparirt werden können, sondern die Unterscheidung sey nur gemacht um die Bestimmungen über das Verfahren, welches nach Verschiedenheit dieser Interlocute verschieden sey, daran zu knüpfen. Allein es wird sich unten zeigen, daß der Schluß von der Zuläßigkeit der Appellation auf die Nothwendigkeit, dennoch nicht richtig ist.

Durch den entwickelten Inhalt der positiven Gesetze ist indessen für die Anwendung kein leitendes Prinzip gegeben, weil die Gesetze sich nirgends darüber ausgesprochen haben, was unter Interlocuten mit der Kraft eines Endurtheils zu verstehen sey, und welche Interlocute überhaupt bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile wieder geändert werden können; so lange es aber an deutlichen Bestimmungen hierüber fehlt, sind die angegebenen Grundsätze für die Anwendung rein unbrauchbar; kein Theoretiker und kein Praktiker wird sich ihren Inhalte klar machen können.

Geht man nämlich von der Voraussetzung aus, daß die Reichsgesetzgebung bei der zur Frage stehenden Unterscheidung der beiden Arten von Interlocutorien, gegen welche Appellation als zuläßig erkannt wird, sich einen bestimmten

Gegensatz gedacht, und diesen durch die Bezeichnung der Arten der Interlocutorien ausgedrückt habe; so sollte man glauben, der Unterschied liege darin, daß die eine Art der Interlocutorien, nämlich diejenige, welche Beiurtheile mit der Kraft eines Endurtheils, enthält, der Rechtskraft fähig sey, und die andere Art, nämlich diejenigen Beiurtheile, deren Beschwerungen durch das Mittel der Appellation von dem Endurtheil nicht wiederbracht werden mag, der Rechtskraft nicht fähig seye. Bei genauer Betrachtung kann dieses jedoch nicht angenommen werden, weil ein Interlocut, dessen Beschwerung nicht mehr durch die Appellation gegen das Endurtheil gehoben werden kann, nothwendig in Rechtskraft übergehen muß, weil in dieser für den höhern Richter allein ein Hinderniß liegen kann, eine Abänderung verfügen zu dürfen. Versteht man also unter dem Ausdrucke „Beiurtheile mit der Kraft eines Endurtheils" Beiurtheile, welche der Rechtskraft fähig sind; so ergiebt sich, daß diese Eigenschaft beide Arten der Beiurtheile haben, und darin also das Unterscheidungsmerkmal nicht liegen kann. Sollte dagegen der Unterschied in dem Umfange des Einflusses, den der Inhalt des Beiurtheiles auf das Endurtheil nothwendig äußern würde, gesucht werden wollen, so wäre es offenbar immer eine rein thatsächliche Frage, ob ein Interlocut zu der einen oder andern Cathegorie gehörte; es könnte also auf ein solches vages Merkmal eine wissenschaftliche, practisch irgend taugliche Abtheilung nicht gebaut werden; denn zufällig kann das Endurtheil in größerem Maaße davon abhangen, ob Jemand persönlich zu erscheinen, und sich über irgend etwas vernehmen zu lassen, vorgefordert wird, als von dem Inhalt eines Beweisinterlocuts. — Man mag übrigens die Eintheilung betrachten wie man will, sie läßt sich nicht verdeutlichen. Zuversichtlich sind die Verfasser der betreffenden Gesetze darüber mit sich selbst nicht im Reinen gewesen; sie

hatten wohl die gute Absicht, dem Unwesen der Appellationen zu steuern, aber nicht Kraft genug, die durch das canonische Recht geschaffene wahrhaft tumultuarische Appellationsbefugniß damit von Grund aus zu zernichten, daß sie die Sache auf die Grundsätze des römischen Rechts zurückführten. Sie versuchten das geregelte Prinzip des römischen Rechts als die Regel festzuhalten, aber weil das Leben durch die Grundsätze des canonischen Rechts zu sehr entwöhnt war, von diesem Modificationen beizubehalten, und verfielen dabei auf ein Experiment, welches nur geeignet war an die Stelle, wenn auch nicht durchaus zweckmäßiger, doch klarer Bestimmungen, eine wahre Verwirrung zu setzen.

Doctrin und Praxis haben die Folgen so unklarer Bestimmungen fortwährend empfunden, und nach der Richtung, welche in den ältern processualischen Schriften überhaupt sichtbar ist, bemühten sich die Juristen die Fälle zusammen zu stellen, in welchen eine interlocutoria vim definitivae habens, oder eine interl. simpl. gravamen irreparabile continens vorhanden seyn soll [1]). Allein ein solcher unwissenschaftlicher Nothbehelf konnte nur zu noch größerem Schwanken führen [2]), und es war bei dem mehr wissenschaftlichen Streben der spätern Zeit zu erwarten, daß man auch diesen Gegenstand auf Grundsätze zurückzuführen, sich bemühen werde.

Man hat sich in neuerer Zeit wirklich bemüht, folgende, klar gedachte Theorie aufzustellen. Man geht davon aus, die Anrufung der oberrichterlichen Hülfe sey immer überflüßig, wenn der Unterrichter selbst noch die Befugniß habe, die von ihm zugefügte Beschwerde zu heben, und da ihm diese Befugniß gemeinrechtlich nur immer dann noch zustehe, wenn er über einen Punkt decretirt habe, worüber noch

---

1) H. Vulteius, Tract. de iud. L. IV. C. 2. p. 631.

2) J. H. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 10.

nicht beide Theile gehört worden [1]), im andern Falle aber ein abänderndes Erkenntniß durch den erkennenden Richter selbst unstatthaft sey; so folge, daß die Apellation nur gegen beschwerende Decisivdecrete (diese mögen nun Endurtheile, oder über einen Incidentpunkt erlassene Bescheide seyn) nicht aber auch gegen einfache Decrete nothwendig sey. Wenn demnach durch ein einfaches Decret

1) der Richter den Antrag eines Imploranten, ohne den Imploraten darüber gehört zu haben, zurückweise, so könne der Implorant vorerst durch Gegenvorstellungen die Zurücknahme des abschlägigen Decrets zu bewirken suchen, und nur dann, wenn auch diese fruchtlos geblieben, sey er genöthigt, den Weg der Beschwerdeführung an den höhern Richter zu ergreifen;

2) wenn aber der Richter in einem solchen Falle dem Antrage sofort Statt gebe, so könne der Implorat sich durch Einreden zu vertheidigen suchen, und erst dann, wenn hierdurch keine Abänderung bewirkt worden, sey der Gebrauch der Appellation nothwendig [2]).

Auch diese Theorie beruht theils auf Voraussetzungen, welche sich nicht begründen lassen, und führt jedenfalls zu Resultaten, welche den bestimmtesten Aussprüchen der Reichsgesetze über die Appellation von Beiurtheilen widersprechen. Es dürfte sich nachweisen lassen, daß auf die Weise, wie jene Theorie lehrt, nicht immer verfahren werden darf, und daß deshalb auch nicht stets nur auf solche Weise verfahren werden soll.

I. Die Frage: ob in den angegebenen Fällen nur auf die in der jenseitigen Theorie entwickelte Weise verfahren werden soll? würde man bejahen müssen, wenn man mit

---

1) Fr. 14. de re iudicata 42, 1. Const. 3. 5. Comminat. epistol. 7, 57. Cap. 60. X. de appellat. 2, 28.

5) Bayer Vorträge S. 500 f.

Bayer den Grundsatz aufstellte, daß nach den Gesetzen die Appellation da, wo sie für zuläßig erklärt sey, auch nothwendig sey; ein Grundsatz, dessen Richtigkeit aber schon oben bezweifelt worden ist.

Daß in Bezug auf die Appellation von Beiurtheilen die Grundsätze: „daß die zuläßige Appellation immer auch nothwendig sey, und nur dann appellirt werden dürfe, wenn der Richter die von ihm zugefügte Beschwerde selbst zu heben nicht mehr befugt sey;" nicht gültig sind, dürfte sich durch Folgendes nachweisen lassen. Es beruht eines Theils auf gesetzlichen Bestimmungen, daß der Richter, wenn er über einen Punkt decretirt, worüber noch nicht beide Theile gehört waren, auf Anstehen einer Parthey die Verfügung ändern darf; andern Theils aber bestimmen die Gesetze eben so ausdrücklich, daß bei der Appellation gegen Beiurtheile, welche eine Beschwerde enthalten, die durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr gehoben werden kann, die Appellation schriftlich eingereicht, und die Ursache der Beschwerung sogleich angegeben werden soll [1]), und daß der beschwerende Richter alsdann die Verfügung selbst wieder zurücknehmen darf [2]).

Zwar ist diese Befugniß zur Zurücknahme ausdrücklich nur durch das canonische Recht ausgesprochen, und es könnte deshalb behauptet werden, daß nach deutschem Prozeßrechte diese Bestimmung um so weniger als gültig zu betrachten sey, als die Reichsgesetze offenbar das System des ältern canonischen Rechts über die Appellation gegen Beiurtheile verworfen haben; allein dagegen ist durchaus entscheidend, daß die alsbaldige schriftliche An- und Ausführung der Beschwerdepunkte vor dem beschwerenden Richter, welche auch die Reichsgesetzgebung verordnete, hier offenbar den Zweck

1) Cap 1. de appellat. in VI. 2, 15. C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4. Notariatsordnung v. 1512. IV. §. 1.

2) Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15.

habe, den Richter in die Lage zu setzen, der Beschwerde selbst abzuhelfen. Dazu kommt noch, daß diese spezielle Verfügung des canonischen Rechts nirgends durch das deutsche Recht aufgehoben worden ist, und also als gültige Rechtsregel betrachtet werden muß.

Darf hiernach also der Richter nach eingelegter und gerechtfertigter Appellation gegen Beiurtheile die Beschwerde selbst heben, so kann ihm eine solche Befugniß auch dann nicht abgesprochen werden, wenn die sich beschwert erachtende Parthey es vorzieht, nicht zum Rechtsmittel der Appellation zu greifen, sondern durch Gegenvorstellungen den beschwerenden Richter zu einer abändernden Verfügung zu bestimmen; aber eben deshalb, weil es der Parthey frei steht, das Eine oder das Andere zu thun, folgt auch, daß die zuläßige Appellation nicht immer auch eine nothwendige ist.

Daß nun in dem Falle, wenn der Richter den Antrag des Imploranten zurückweist, ohne vorher den Imploraten darüber gehört zu haben, der Implorant vorerst durch Gegenvorstellungen die Zurücknahme des abschlägigen Decrets zu bewirken suchen darf, ist richtig [1]); ja der Implorant darf, so oft es ihm beliebt, seine Bitte wiederhohlen, und durch noch so oft wiederhohlte abschlägige Decrete entsteht, so lange der Gegner über den Antrag nicht gehört ist, kein Inhäsivbescheid in dem Sinne, daß das abschlagende Decret endlich der Rechtskraft fähig, oder der Gebrauch der Appellation ausgeschlossen würde [2]). Allein darüber, ob es nothwendig sey, daß der Implorant, bevor er gegen ein solches abschlägiges Decret ein eigentliches Rechtsmittel ergreifen darf, vorerst durch Gegenvorstellungen bei dem beschwerenden Richter die Zurücknahme zu bewirken suche, binnen

1) A. M. sind Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. V. S. 365. v. Gönner Motive z. d. Entw. eines Prozeßgesetzb. S. 833.

2) v. Gönner Handb. III. Abh. 56. §. 5. S. 117. §. 7. S. 124. Abh. 57. §. 4. S. 141.

welcher Zeit, und wie oft dieses geschehen müsse, enthalten die Gesetze und selbst die Praxis keine Bestimmung. Man darf deshalb wohl als geltenden Grundsatz aufstellen: daß gegen solche abschlägige Decrete, welche, ohne vorher den Gegner gehört zu haben, erlassen worden sind, sofort Appellationen ergriffen, aber auch Gegenvorstellungen in beliebiger Zahl und zu beliebiger Zeit gemacht werden dürfen, und auch dann noch, wenn diese fruchtlos blieben, Appellation eingelegt werden darf.

Wenn dagegen der Richter dem Antrage des Imploranten, ohne vorher den Imploraten darüber zu hören, Folge giebt, so ist der Implorat nicht in der Lage, sogleich Appellation ergreifen zu dürfen; denn noch hat der beschwerende Richter über die möglichen Einwendungen gegen das Decret sich nicht ausgesprochen, Implorat ist noch nicht gehört, und er muß vorerst durch die geeigneten Gegenvorstellungen Zurücknahme des nachtheiligen Decrets zu bewirken suchen; nicht aber deshalb, weil der beschwerende Richter den Ausspruch noch zurücknehmen darf, denn diese Befugniß hat er auch im vorigen Falle, wo gleichwohl die sofortige Ergreifung der Appellation zuläßig ist, — sondern weil der Richter über die Einwendungen des Imploraten noch gar nicht reflectirt hat, und es im Begriffe der Appellation liegt, daß der höhere Richter die Reflection des untern Richters prüfen soll, und dieser über noch nicht vorgebrachte Einwendungen einen Reflectionsact nicht ausüben konnte. Man könnte hiergegen zwar erinnern, daß es die Reflexion des Richters über den Antrag des Imploranten wäre, welche auf dem Wege der Appellation zur höhern Prüfung vorgebracht werden solle; allein dagegen spricht, theils, daß durch jene Reflexion, eben weil der Implorat noch nicht gehört ist, kein unabänderlicher Rechtsspruch erfolgen konnte [1];

1) Gönner Handb. I. Abh. 7. §. 20—25. S. 158 f.

theils, die Möglichkeit, daß der Implorat zugesteht, daß durch den einseitigen Antrag des Imploranten die richterliche Verfügung nach der Sachlage hinlänglich gerechtfertigt war, und daß es, um das Sachverhältniß gehörig herzustellen, und dem urtheilenden Richter alle, bei der Verfügung zu nehmenden Rücksichten vorzulegen, nothwendig der Erklärung des Imploraten bedarf, über welche aber der Richter, so lange sie nicht eingegangen war, begreiflich nicht reflectiren konnte.

II. Indem die jenseitige Theorie den Grundsatz aufstellt: daß gegen alle beschwerende Decisivdecrete, und auch gegen einfache Decrete, wenn auf die vom Imploranten oder Imploraten gemachte Gegenvorstellungen und beziehungsweise weitere Anträge keine abändernde Verfügung erfolgte, die Appellation nothwendig sey; so führt sie offenbar zu dem Resultate: daß es in der Macht der Partheyen liegt, gegen jede richterliche Verfügung eine Appellation zu ergreifen; denn ich gestehe, daß ich mir keine richterliche Verfügung denken kann, die nicht im Sinne der jenseitigen Theorie, entweder ein Decisivdecret ist, oder wenn sie ein einfaches Decret ist in die Lage gebracht werden kann, daß sie dennoch eine Appellation zuläßt. Offenbar führt deshalb jene Theorie zu einem zu allgemeinen Gebrauche der Appellation gegen Beiurtheile, denn sie läßt sichtbar die, durch die Reichsgesetze bestimmte Beschränkung unbeachtet, ohne auch nur eine andere an die Stelle zu setzen.

Die Fehler der jenseitigen Theorie scheinen darin zu liegen: daß von der Voraussetzung ausgegangen wird, als sey Appellation stets nothwendig, wenn die durch das Beiurtheil zugefügte Beschwerde von dem beschwerenden Richter selbst nicht abgeändert werden könne oder wolle. Dieser Grundsatz muß aber sehr bezweifelt werden. Indem die Reichsgesetzgebung verordnete, nur gegen solche Beiurtheile, welche die Kraft von Endurtheilen haben, oder eine Be-

schwerde zufügten, welche bei Gelegenheit der Appellation gegen das Urtheil in der Hauptsache vom höhern Richter nicht mehr aufgehalten werden könne, solle Appellation gestattet seyn; haben sie die Appellation gegen solche Beiurtheile, deren beschwerlicher Inhalt bei Gelegenheit der Appellation von der Hauptsache zurückgenommen werden konnte, offenbar untersagt. Eben deshalb kann sich die Wissenschaft, um Klarheit in diese Lehre zu bringen, immer nur die Frage stellen: in welchen Fällen die durch ein Beiurtheil zugefügte Beschwerde bei Gelegenheit der Appellation von dem Urtheil in der Hauptsache gehoben werden könne, und in welcher das nicht angehe? und darnach die Nothwendigkeit der Appellation von Beiurtheilen bestimmen.

Da es aber nicht gelingen will, weder durch die genaueste Interpretation der Gesetze, noch durch das Aufsuchen einer festen Praxis, jene Frage zu lösen, so scheint nur übrig zu bleiben, für die Anwendung den Grundsatz aufzustellen: „Die Zuläßigkeit der Appellation von Beiurtheilen hängt von dem Umfange der Befugniß des höhern Richters ab, bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile, die durch Beiurtheile von dem untern Richter zugefügte Beschwerde aufzuheben.“ In dem Maaße, worin hierbei der höhere Richter durch den Gebrauch der Gerichte oder aus einem andern bindenden Grunde beschränkt ist; in demselben Maaße muß die Appellationsbefugniß gegen Beiurtheile sich erweitern, und umgekehrt.

(Der Beschluß folgt.)

II.

Ueber das Recht des correus debendi von dem andern correus theilweisen Ersatz der gezahlten Correalschuld zu verlangen.

Von

Herrn Dr. Wilhelm Sell in Darmstadt.

(Beschluß der in Bd. III. H. 3. Nr. XXI. abgebrochenen Abhandlung.)

§. 29.

Zweite Abtheilung.

Prüfung der Gründe gegen die vertheidigte Ansicht.

Ich gehe nun, nach Entwickelung der Gründe für die vertheidigte Meinung, zur genaueren Prüfung der Einwendungen über, welche aus den Gesetzen gegen diese Ansicht hergeleitet werden.

§. 30.

Erklärung der entgegenstehenden Gesetzesstellen, vorzüglich der const. 11. C. de fidejussor. et mandator. (8, 41.).

Dabei wende ich mich sogleich zur Erklärung der beiden bedeutendsten jener Gesetzesstellen. Diese sind fr. 39. D. de fidejussor. et mandator. (46, 1.) Modestinus lib. 2. Regu-

larum und const. 11. C. de fidejussoribus et mandatoribus (8, 41.) Imp. Alexander A. Salustio. 230. [1]).

Wir wollen zunächst das letztere der beiden Gesetze betrachten und zur leichteren Übersicht die unmittelbar vorhergehende const. hier mit einrücken:

const. 10. Fidejussor seu mandator si in usuras quoque obligatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet. §. 1. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur, sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt: ante condemnationem ex ordine postulari solet.

const. 11. Cum alter ex fidejussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum qui una fidejussit non competit. Potuisti sane cum fisco solveres, desiderare, ut jus quod fiscus habuit, in te transferretur et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis hypothecis observandum est.

Diese Gesetze lassen sich auf eine doppelte Weise erklären. Verbindet man das Ende der const. 10. mit dem Anfang der const. 11., so sagen beide ganz allgemein: der Bürge muß die exceptio divisionis vor der Condemnation vorschützen; hat dagegen (fährt const. 11. fort) einer von den Bürgen die ganze Schuld gezahlt, so steht ihm keine Klage gegen seine Mitbürgen zu.

Nach dieser Erklärung wird dem Bürgen in const. 11. das Klagerecht im Allgemeinen abgesprochen.

Legt man dagegen auf den letztern Satz der const. 11. ein besonderes Gewicht und verbindet denselben genauer mit dem ersten Satz dieser Gesetzesstelle, dann wird dieser nur als Einleitung zu dem im zweiten Satze enthaltenen speciellen Falle des Rescripts betrachtet werden können, und demnach wäre unter der erwähnten actio nur die actio hypothecaria zu

1) Das fr. 76. D. de solut. (46, 3.) von Modestinus ist schon oben im §. 10. erläutert worden.

verstehen, welche weder vermöge wirklich geschehener, noch vermöge gesetzlich angenommener Cession dem Zahlenden zustehen soll.

Die const. 11. enthält nämlich ein Rescript, das den Fall entscheidet, in welchem Einer von mehreren Bürgen dem Fiscus dessen ganze Forderung ohne vorhergegangene Cession der Klage gezahlt hatte. Nachdem dieser Fall erzählt ist, heißt es weiter: Du hättest bei der Zahlung an den Fiscus die Abtretung der Klagen desselben sammt der Hypothek verlangen, und, wenn dieß geschehen wäre, diese cedirte Klage anstellen können. Dasselbe gilt auch bei Privathypotheken, schließt darauf das Gesetz, indem es nochmals das Pfandrecht hervorhebt [1]).

Allein bei Allem dem scheint doch der erste Satz in const. 11. Cum alter ex fidejussoribus — non competit mit zu großer Allgemeinheit die Regel aufzustellen, daß dem zahlenden Bürgen ohne Cession kein Klagerecht gegen seine Mitbürgen zustehen solle, als daß man dieß bloß für die Einleitung zu dem zweiten Satze halten und lediglich auf die actio hypothecaria beziehen könnte.

Gesetzt aber auch, es gelänge, die const. 11. C. cit. wegzudemonstriren, so müßten wir jedenfalls bei dem fr. 39. D. cit. nachgeben, daß diese Gesetzesstelle mit der hier vertheidigten Ansicht sich durchaus nicht vereinigen läßt. Ich gestehe darum lieber kurzweg zu, daß die zuletzt erwähnten Gesetze dem die ganze Schuld zahlenden Bürgen gar keine Klage, also auch nicht die actio negotiorum gestorum utilis, gestatten.

§. 31.

Lassen sich die gesetzlichen Bestimmungen über das Verhältniß des fidejussor zum confidejussor auf die Correalschuldner im Allgemeinen ausdehnen?

Hier wirft sich nun die Frage auf: Können die gesetzlichen Bestimmungen über das Correalverhältniß des Bürgen

---

1) const. 21. C. eod. spricht gleichfalls nur von Cession des Hypothek- oder Faustpfand-Rechts.

zu seinen Mitbürgen auf alle Fälle der Correalobligationen ausgedehnt werden?

Die herrschende Ansicht der Rechtslehrer hat sich **für** diese Ausdehnung entschieden; allein, wie mich dünkt, mit Unrecht; denn es scheinen mir im Gegentheil **wider** eine solche Ausdehnung die folgenden nicht unwichtigen Gründe zu sprechen.

1) Die widerstreitenden Gesetzesstellen (fr. 39. D. cit. et const. 11. C. cit.) sind aus dem Titel de fidejussoribus et mandatoribus entlehnt, und beschränken sich nach ihrem Inhalt lediglich auf das Verhältniß des Bürgen zum Mitbürgen.

In den Haupttiteln der Digesten und des Codex [1]) ist der Regreß gegen den liberirten correus nicht nur nicht verboten, sondern derselbe wird vielmehr in const. 2. C. de duobus reis (8, 40.) ausdrücklich gestattet.

2) Sodann gehört das Verhältniß des Bürgen zum Mitbürgen zu den **durch Gesetz** [2]) begründeten Correalverbindlichkeiten. Wenn man also den von den Bürgen sprechenden Gesetzesstellen irgend eine Ausdehnung geben wollte, so müßte diese doch am Natürlichsten auf die **gesetzlichen** Correalschuldner sich erstrecken. In den Gesetzen werden uns aber **drei verschiedene Fälle solcher Correalverbindlichkeiten** angeführt, in welchen dem zahlenden correus debendi **ausdrücklich** eine actio utilis auf theilweisen Ersatz des Gezahlten gestattet ist.

3) Wird nirgends gesagt, daß in Beziehung auf unsere Frage das Verhältniß des Bürgen zum Mitbürgen in den Gesetzen gewissermaßen als Muster angesehen werde, nach

---

1) Titt. de duobus reis D. 45, 2. C. 8. 40.

2) const. 3. C. de fidejussor et mandator. (8, 41.) §. 4. J. de fidejussor. (3, 21.). **Glück** Commentar rc. Bd. 4. §. 339. und not 57. Muehlenbruch Doctrina Pand. Vol. III. §. 594 et not. 8.

welchem die übrigen Correalverhältnisse zu beurtheilen seyen, wie dieß bei der Einführung des beneficii divisionis wohl der Fall seyn mag [1]).

Das Weitere siehe unten §. 33.

4) Auf vertragsmäßige und diesen gesetzlich gleichstehende Correalobligationen kann die Analogie von dem Verhältniß des Bürgen zum Mitbürgen noch weit weniger Anwendung leiden, weil wir ein Gesetz [const. 2. C. de duobus reis (8, 40.)] haben, was nach der natürlichsten Erklärung allen vertragsmäßigen correis einen Regreß gestattet; — ein Gesetz, welches aus dem Codex entlehnt, und, wenn man darauf ein Gewicht legen will, über 50 Jahre jünger ist, als die vorhin angeführte const. 11. C. de fidejussoribus (8, 41.). Ebensowenig kann endlich

5) die für das Verhältniß des Bürgen zum Mitbürgen gegebene gesetzliche Bestimmung auf die Correalverhältnisse ausgedehnt werden, welche aus einem culposen Delict oder aus einem Quasidelict entstanden sind. Gegen eine solche Ausdehnung spricht schon das oben mehrfach erwähnte fr. 4. D. de his qui effuderint (9, 3.).

Durch die bisherige Ausführung glaube ich genügend dargethan zu haben, daß eine Ausdehnung der von den Gesetzen über das Verhältniß mehrerer Bürgen gegebenen Bestimmungen auf andere correi sich durchaus nicht rechtfertigen läßt.

§. 32.

Gründe, welche für eine singuläre Strenge der Gesetze bei der Bürgschaft sprechen.

In dem §. 30. ist zwar zugegeben worden, daß bei dem Correalverhältniß des Bürgen zum Mitbürgen dem Zahlenden

---

1) Durch eine Ausdehnung der epistola Divi Hadriani. §. 4. J. de fidejussoribus (3, 21.). fr. 26. D. de fidejussoribus (46, 1.)

ein Regreßrecht gegen seine Mitverpflichteten nicht gestattet werden könne; ebenso wurde aber auf der andern Seite im §. 31. gezeigt, daß diese Bestimmung allein auf den Bürgen zu beziehen, keineswegs aber auf andere Correalschuldner auszudehnen sey.

Es wird hiernach nicht ohne Interesse seyn, die Gründe für eine singuläre Strenge bei dem Institut der Bürgschaft zu erforschen, und zwar aus einer doppelten Ursache: einmal, damit man um so weniger zu einer Ausdehnung der bei der Bürgschaft geltenden Grundsätze vermocht werde, und sodann, um dadurch zur Prüfung der Frage geleitet zu werden, ob diese Gründe für die Strenge der alten fidejussio noch heut zu Tage Anwendung finden können.

Dabei darf ich indessen nicht verhehlen, daß jene Gründe für eine singuläre Strenge nur durch Schlüsse sich ermitteln lassen, deren Untrüglichkeit sich nicht überall bestimmt behaupten läßt. Ich will darum die folgende Ausführung mehr als eine Hypothese, denn als eine zu völliger juristischer Gewißheit führende Untersuchung betrachtet wissen.

Die fidejussio, welche nur in Form einer stipulatio eingegangen werden konnte, war ein negotium stricti juris. Wenn nun von mehreren Bürgen, die sich durch gemeinsame Stipulation verpflichtet, der Eine die ganze Schuld gezahlt hatte, so wurde der Hauptschuldner liberirt, und mit der Tilgung der Hauptschuld fielen ohne Weiteres auch alle accessorischen Verbindlichkeiten des Bürgen. Insbesondere mußte nach Grundsätzen des jus strictum die ohne vorhergegangene Cession der Klagen des Gläubigers geschehene Zahlung das Rechtsgeschäft mit allen seinen Folgen völlig aufheben. Von Regreß gegen den confidejussor durfte aber wohl aus dem Grunde keine Rede mehr seyn, weil der Bürge zunächst für den Hauptschuldner gezahlt, und dadurch diesem genützt hatte, mithin auch im Sinne

des strengen Rechts nicht behaupten konnte, daß er zum Vortheil seiner Mitbürgen gehandelt [1]).

§. 33.

Gegengründe und deren Beseitigung.

Gegen die eben aufgestellte Behauptung könnte man aber den folgenden Schluß geltend machen wollen:

Das beneficium divisionis beruht offenbar auf der Billigkeit. Dieses beneficium ist durch die epistola Divi Hadriani zunächst für die Bürgen eingeführt und exemplo fidejussorum auf andere Correalschuldner ausgedehnt worden [2]). Demnach ist bei dem Verhältniß des fidejussor zum confidejussor die aequitas nicht nur nicht unberücksichtigt geblieben, sondern vielmehr vorzugsweise berücksichtigt worden [3]). Warum soll nun gerade in Beziehung auf unsere Frage eine singuläre Strenge bei der Correalverbindlichkeit mehrerer Bürgen gelten?

Allein diesem Einwand kann man dadurch begegnen:

Wenn auch die Billigkeit im Allgemeinen von dem Institut der Bürgschaft, als einem negotium stricti juris, nicht völlig ausgeschlossen war, so mußte doch gerade die Billigkeit, welche im concreten Falle eine actio negotiorum gestor. utilis verlieh, dem strictum jus nach seiner ursprünglichen Strenge entfernter liegen, weil, wie schon erwähnt, durch die Zahlung des Ganzen direct nur dem Haupt-

1) Diesen Grundsatz hat schon Huber Praelectiones ad Pandectas Lib. 26. Tit. 7. §. 9., zunächst bei Vergleichung des fr. 39. D. de fidejussoribus mit dem fr. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. als völlig allgemein geltend gemacht. Mir scheint derselbe aber, wie schon bemerkt, nur im Geiste des jus strictum anwendbar.

2) fr. 1. §. 11. D. de tut. et rat. distrah. (27, 3.). fr. 26. D. de fidejussor. (46, 1.). §. 4. J. eod. (3, 21.). Glück a. a. O. §. 339 not. 86.

3) S. das Nähere unten §. 35.

schuldner genützt worden [1]), die indirecten Folgen eines Rechtsgeschäfts aber nach dem jus strictum nicht beachtet werden [2]).

§. 34.

Fortsetzung des vorigen Paragraphen.

Aus der vorstehenden Rechtfertigung scheint indessen wiederum ein neuer Einwurf gegen die hier vertheidigte Ansicht hergeleitet werden zu können, nämlich: Nicht allein die Verbindlichkeit mehrerer Bürgen, sondern überhaupt jede obligatio quae verbis contrahitur muß nach römischem Recht, um Klagbarkeit zu erlangen, in Form einer stipulatio eingegangen werden; also müssen auch bei allen diesen Obligationen die strengrechtlichen Folgen des jus strictum eintreten. Dem widerstreitet aber die obige Behauptung, daß nach const. 2. C. de duobus reis (8, 40.) bei den ver- vertragsmäßigen correis debendi im Allgemeinen ein Regreßrecht des Zahlenden gegen seine Mitverpflichteten angenommen werden müsse. Allein auch dieser Einwurf wird gehoben werden können. Denn der angeführte Grund einer singulären Strenge bei der Bürgschaft liegt nicht allein in deren Eigenschaft als negotium stricti juris, sondern zugleich in der Natur einer durch stipulatio begründeten accessorischen Verbindlichkeit. Aber auch auf accessorische Verbindlichkeiten würden, wenigstens heut zu Tage, die Bestimmungen über das Verhältniß mehrerer Bürgen keine Ausdehnung erleiden können, weil jetzt alle Rechtsgeschäfte als negotia bonae fidei gelten; zumal da, wie wir im folgen-

1) Vergl. die Glosse des Accursius zu fr. 30. D. de negot. gest. (3, 5.) und Hug. Donelli Commentarii absolutissimi ad Tit. 41. Lib. VIII. Cod. de fidejussor. L. Cum alter (11.) Pos. 3.

2) Die von der Strenge des jus strictum später abweichenden Grundsätze bei der sponsio und fidepromissio s. unten §. 35.

den §. sehen werden, selbst nach römischem Rechte bei andern accessorischen Stipulationen, wenigstens später, nicht gleiche Strenge galt, wie bei der fidejussio.

§. 35.

Fortsetzung. Die Folgen des jus strictum haben bei der fidejussio länger gedauert, als bei andern verwandten Instituten.

Es läßt sich aus Gajus Lib. III. §. 115—122. nachweisen, daß gerade in Beziehung auf unsere Frage die Folgen des jus strictum bei der fidejussio länger gedauert haben, als bei andern negotia stricti juris, und daß namentlich mehrere andere, mit der fidejussio verwandte, und, wie diese, im jus strictum gegründete Arten von Intercessionen gerade in diesem Puncte später nach weit milderen Grundsätzen beurtheilt wurden, wiewohl dieselben in anderer Beziehung der fidejussio wieder an Strenge gleichkamen [1].

Im älteren römischen Rechte gab es nämlich, nach dem Zeugniß von Gajus l. c., drei Arten der accessorischen Stipulationen, durch welche der Gläubiger zu größerer Sicherheit [2] die Zahlung seiner Forderung von einem Andern als dem Hauptschuldner sich versprechen lassen konnte: die sponsio, fidepromissio und fidejussio, welche sich sämmtlich durch die Form der stipulatio von einander unterschieden.

Hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur waren zwar die beiden ersten Institute einander sehr ähnlich, die fidejussio dagegen wich von denselben bedeutend ab. Überhaupt war die fidejussio die gewöhnlichste Art dieser Intercessionen und bei Weitem nicht so beschränkt, wie die sponsio und fidepromissio, welche letztere namentlich nur bei verborum obligationes vorkommen konnten, während die fidejussio an keine bestimmte Entstehungsart der Obligationen gebunden war [3].

1) Gajus l. c. §. 126.

2) „ut diligentius cautum sit." Gajus §. 117.

3) Gajus §. 119.

Ich hebe nun aus dem, was uns Gajus über die genannten Institute berichtet, nur folgendes Resultat, als hierher gehörig, hervor:

In den frühesten Zeiten waren alle diese Intercedenten, sponsores, fidepromissores und fidejussores, in solidum verpflichtet [1]; die Lex Apuleja aber führte später unter mehreren fidepromissores und sponsores eine gewisse Gemeinschaft (eine Art von Gesellschaftsverhältniß) ein [2], so, daß daß Jeder das, was er über seine pars virilis gezahlt, von dem Andern zurückfordern konnte; und die Lex Furia hob endlich für die fidepromissores und sponsores die obligatio in solidum gänzlich auf und setzte an deren Stelle eine bloße obligatio pro rata [3]. Da die letztere Lex indessen nur für Italien galt, so blieb in den übrigen Theilen des römischen Reichs die Lex Apuleja in Kraft [4]; und somit ergab sich das Resultat, daß die fidepromissores und sponsores in Italien nur pro rata, in den Provinzen aber zwar in solidum verpflichtet waren, jedoch unter Vorbehalt des Regresses gegen ihre Mitverpflichteten, gerade so, wie hier ein Regreßrecht für den zahlenden correus behauptet wird.

Bei der fidejussio dagegen blieb die ursprüngliche Strenge unverändert, bis endlich, offenbar unter dem mildernden Einfluß der beiden andern Institute [5], für mehrere fidejussores die exceptio divisionis durch die epistola Divi Hadriani eingeführt wurde.

---

1) Gajus §. 122. verb.: „Lex autem Apuleja ante Legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur.“

2) „quandam societatem introduxit.“ Gajus §. 122. Daß keine eigentliche societas unter den sponsores und fidepromissores im Allgemeinen bestanden, geht hieraus zur Genüge hervor.

3) Gajus §. 121.

4) Gajus §. 122.

5) Dafür spricht die ganze Zusammenstellung bei Gajus §. 115—122.

Weitere directe Änderungen und Erweiterungen hat aber die fidejussio durch die römischen Gesetze nicht erfahren; namentlich erwähnt das constitutum debiti alieni [durch welches der Prätor verschiedene andere Härten der alten fidejussio dem fortschreitenden milderen Geiste des neueren römischen Rechts gemäß abstellte [1]] das Regreßrecht des zahlenden Constituenten gegen seine Mitverpflichteten durchaus nicht; und selbst Justinian, der doch so Manches an dem constitutum erweiterte, übergeht in seiner const. 2. et 3. C. de constit. pecun. (4, 18.) diesen Punct mit völligem Schweigen.

§. 36.

Fällt heut zu Tage die singuläre gesetzliche Strenge bei der Bürgschaft weg?

Nach den vorhergehenden §. §. wird die Behauptung, daß bei der fidejussio eine singuläre nicht auszudehnende Strenge in Beziehung auf unsere Frage stattgefunden, keines weiteren Beweises bedürfen. Auf der andern Seite ließe sich aber die Frage aufwerfen: ob nicht die rechtliche Natur der fidejussio im späteren römischen Rechte und namentlich bei uns, wenn auch nicht direct, doch wenigstens indirect eine Umgestaltung erlitten, nach welcher man auf ein Regreßrecht des zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen schließen könnte.

Durch const. 10. C. de contrah. et committ. stipulat. (8, 38.) Imp. Leo A. Erythrio P. P. vom Jahr 469 wird nämlich verordnet, daß es bei der stipulatio auf die gebrauchten Wortformeln gar nicht mehr ankommen solle.

---

1) Vergl. fr. 8—11. fr. 16. pr. §. 2. et 5. fr. 34. 42. 70. D. de fidejussor. et mandator. (46, 1.) mit fr. 1. pr. et §. 5. et 8. fr. 3. §. 2. fr. 4. et 5. 11. 12. 13. 14. §. 3. fr. 16. et 18. §. 1. fr. 19. §. 1. D. de constit. pecun. (13, 5). const 2. et 3. C. eod. (4, 18).

Dadurch ist denn wenigstens der formelle Unterschied zwischen sponsio, fidepromissio und fidejussio verschwunden und die fidejussio, als das gewöhnlichste der drei Institute, allein geblieben.

Man könnte nun weiter folgern: die fidejussio sey nach const. 10. C. cit. ein ganz anderes durch die Verschmelzung der drei früheren Intercessionsarten neu gebildetes Institut geworden, welches die Vortheile aller dieser accessorischen Stipulationsarten in sich vereinige. Man könnte sodann insbesondere hinsichtlich unserer Frage bemerken, daß dem das Ganze zahlenden correus in den Gesetzen bei so manchen andern Arten der Correalverhältnisse ausdrücklich ein Regreßrecht verliehen werde, und daß dieses Regreßrecht dem Geiste des milderen neueren römischen Rechts durchaus entspreche; und endlich ließe sich noch für unsere Zeit anführen, daß alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden seyen, und darum die Folgen singulärer, mit dem jus strictum in seiner ursprünglichen Schroffheit zusammenhängenden Strenge verschwinden müßten.

Diese Behauptungen würden sich nun auch wohl begründen lassen, wenn erwiesen werden könnte 1) daß der materielle wie der formelle Unterschied zwischen den drei accessorischen Stipulationsarten bis zur erwähnten const. von Leo fortgedauert; 2) daß die Stellen in Justinian's Compilation, welche dem zahlenden fidejussor den Regreß gegen seinen confidejussor verweigern, allein von der fidejussio in ihrem frühern beschränkteren Umfang verstanden werden könnten; 3) daß in neuerer Zeit alle Obligationsverhältnisse hinsichtlich unserer Frage den verborum obligationibus (bei welchen die sponsio und fidepromissio allein vorkommen konnten) gleich zu setzen seyen, und somit 4) die entgegenstehenden Gesetzesstellen fr. 39. D. und const. 11. C. de fidejussor. et mandator. als blos historisch betrachtet werden könnten.

Allein wenn sich auch die Voraussetzung unter 1) durch Berufung auf den, nach GAJUS lebenden PAULUS [1]) und auf §. 1. J. de V. O. (3, 16.), worin der Zustand vor const. 10. C. cit. kurz geschildert wird, nachweisen, oder wenigstens wahrscheinlich machen ließe, und wenn man auch ad 3) behaupten wollte, daß jetzt, nachdem alle Versprechungen gleich Stipulationen gelten und das Bindende der Obligationsverhältnisse allein auf gegenseitiger Übereinkunft der Contrahenten beruht, daß jetzt, sage ich, zwischen verborum obligationes und den aus andern Rechtsgründen entstandenen Obligationen, kein Unterschied mehr bestehen könnte, sondern daß alle Rechtsgeschäfte, als negotia bonae fidei, ex aequo et bono zu beurtheilen seyen, so wird doch immer, außer so manchen andern hier zu übergehenden Gegengründen, vorzüglich darin ein nicht zu beseitigendes Hinderniß liegen, daß in Justinian's Compilation nur die Grundsätze über *fidejussio* angegeben, dagegen die abweichenden Bestimmungen über die (ohnehin auch früher seltner vorkommende) *sponsio* und *fidepromissio* gar nicht darin aufgenommmen sind; ein Umstand, welcher bei einer Gesetzessammlung, die rein für practische Anwendung bestimmt ist, entscheidend seyn muß.

Was sodann unser heutiges Recht betrifft, so kann die Änderung, nach welcher jetzt alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden sind, nicht so stark einwirken, daß allein darauf hin deutliche Bestimmungen unserer in complexu recipirten Gesetze wegdemonstrirt werden könnten, auch wenn deren Bestimmungen lediglich im jus strictum ihren ursprünglichen Grund gehabt [2]).

---

1) Sententiae receptae Lib. I. Tit 9. et 20.

2) Der Verf. erlaubt sich hier noch eine Bemerkung anzufügen, welche, obwohl er kein besonderes Gewicht darauf legt, doch für die bisherige Untersuchung nicht ohne Interesse seyn möchte. Es scheinen ihm nämlich selbst einige unter den römischen Juristen die

Dadurch ist denn wenigstens der formelle Unterschied zwischen sponsio, fidepromissio und fidejussio verschwunden und die fidejussio, als das gewöhnlichste der drei Institute, allein geblieben.

Man könnte nun weiter folgern: die fidejussio sey nach const. 10. C. cit. ein ganz anderes durch die Verschmelzung der drei früheren Intercessionsarten neu gebildetes Institut geworden, welches die Vortheile aller dieser accessorischen Stipulationsarten in sich vereinige. Man könnte sodann insbesondere hinsichtlich unserer Frage bemerken, daß dem das Ganze zahlenden correus in den Gesetzen bei so manchen andern Arten der Correalverhältnisse ausdrücklich ein Regreßrecht verliehen werde, und daß dieses Regreßrecht dem Geiste des milderen neueren römischen Rechts durchaus entspreche; und endlich ließe sich noch für unsere Zeit anführen, daß alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden seyen, und darum die Folgen singulärer, mit dem jus strictum in seiner ursprünglichen Schroffheit zusammenhängenden Strenge verschwinden müßten.

Diese Behauptungen würden sich nun auch wohl begründen lassen, wenn erwiesen werden könnte 1) daß der materielle wie der formelle Unterschied zwischen den drei accessorischen Stipulationsarten bis zur erwähnten const. von Leo fortgedauert; 2) daß die Stellen in Justinian's Compilation, welche dem zahlenden fidejussor den Regreß gegen seinen confidejussor verweigern, allein von der fidejussio in ihrem frühern beschränkteren Umfang verstanden werden könnten; 3) daß in neuerer Zeit alle Obligationsverhältnisse hinsichtlich unserer Frage den verborum obligationibus (bei welchen die sponsio und fidepromissio allein vorkommen konnten) gleich zu setzen seyen, und somit 4) die entgegenstehenden Gesetzesstellen fr. 39. D. und const. 11. C. de fidejussor. et mandator. als blos historisch betrachtet werden könnten.

Allein wenn sich auch die Voraussetzung unter 1) durch Berufung auf den, nach GAJUS lebenden PAULUS [1]) und auf §. 1. J. de V. O. (3, 16.), worin der Zustand vor const. 10. C. cit. kurz geschildert wird, nachweisen, oder wenigstens wahrscheinlich machen ließe, und wenn man auch ad 3) behaupten wollte, daß jetzt, nachdem alle Versprechungen gleich Stipulationen gelten und das Bindende der Obligationsverhältnisse allein auf gegenseitiger Übereinkunft der Contrahenten beruht, daß jetzt, sage ich, zwischen verborum obligationes und den aus andern Rechtsgründen entstandenen Obligationen, kein Unterschied mehr bestehen könnte, sondern daß alle Rechtsgeschäfte, als negotia bonae fidei, ex aequo et bono zu beurtheilen seyen, so wird doch immer, außer so manchen andern hier zu übergehenden Gegengründen, vorzüglich darin ein nicht zu beseitigendes Hinderniß liegen, daß in Justinian's Compilation nur die Grundsätze über *fidejussio* angegeben, dagegen die abweichenden Bestimmungen über die (ohnehin auch früher seltner vorkommende) *sponsio* und *fidepromissio* gar nicht darin aufgenommmen sind; ein Umstand, welcher bei einer Gesetzessammlung, die rein für practische Anwendung bestimmt ist, entscheidend seyn muß.

Was sodann unser heutiges Recht betrifft, so kann die Änderung, nach welcher jetzt alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden sind, nicht so stark einwirken, daß allein darauf hin deutliche Bestimmungen unserer in complexu recipirten Gesetze wegdemonstrirt werden könnten, auch wenn deren Bestimmungen lediglich im jus strictum ihren ursprünglichen Grund gehabt [2]).

---

1) Sententiae receptae Lib. I. Tit 9. et 20.

2) Der Verf. erlaubt sich hier noch eine Bemerkung anzufügen, welche, obwohl er kein besonderes Gewicht darauf legt, doch für die bisherige Untersuchung nicht ohne Interesse seyn möchte. Es scheinen ihm nämlich selbst einige unter den römischen Juristen die

§. 37.

Ist die dem zahlenden correus in einzelnen Gesetzen gestattete actio utilis aus besonderer Begünstigung des concreten Falles zu erklären?

Es bleibt jetzt noch übrig, die Frage zu berühren: ob die in den Gesetzen dem zahlenden correus gestattete actio

---

singuläre Strenge bei dem Correalverhältniß mehrerer Bürgen eingesehen und demgemäß auf Mittel gesonnen zu haben, die nachtheiligen Folgen derselben zu verhüten.

Darauf deutet hin das fr. 36. D. de fidejussoribus (46, 1.) Paulus lib. 14. ad Plautium *). „Cum is, qui et reum et fidejussorem habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est: non enim solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.“

Paulus fingirt hier bei der durch einen Bürgen geschehenen Zahlung der ganzen Forderung einen Verkauf derselben, wie die Worte sed quodammodo nomen debitoris vendidit anzeigen, und will durch diese Fiction die Möglichkeit der Abtretung der Klagen auch noch nach geschehener Zahlung herbeiführen; in ähnlicher Weise, wie Modestinus in dem oben mehrfach erwähnten fr. 76 D. de solut. **) bei der Zahlung aller Forderungen aus einem Vormundschaftsverhältniß einen Kauf der Forderung annimmt, jedoch nur unter der Bedingung, wenn die Zahlung mit der ausdrücklichen Verabredung, daß die Klage cedirt werden solle, geschehen ist. Von einer solchen Verabredung schweigt dagegen fr. 36 cit. gänzlich, (ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones) und dennoch ergiebt sich sowohl aus den Worten: accepta pecunia, als aus dem Raisonnement des Paulus: nullus jam esse, cum suum perceperit et per-

*) Zu den Zeiten des Paulus hat, wie schon vorhin angedeutet worden, der formelle wie der materielle Unterschied zwischen fidejussio, fidepromissio und sponsio ohne Zweifel noch bestanden. Rec. Sentent. Lib. I. Tit. 9. et 20.

**) Schon Brunnemann in Codicem Lib. 8. Tit. 41. L. Cum alter. (11.) stellt das fr. 76. cit. mit fr. 36. cit. zusammen, und findet in dem erstern die Ansicht des strengern Rechts, den „rigor juris“, in dem letzteren die der aequitas.

utilis aus einer besondern Begünstigung des concreten Falles erklärt werden müsse.

---

ceptione omnes liberati sunt, daß die Cession der Klagen weder während des Acts der Zahlung, noch vorher geschehen war.

Paulus hilft sich hiernach, um den vorhin angegebenen Zweck (Ausgleichung der singulären Strenge) zu erreichen, durch Fictionen. Er gesteht dabei zu, daß seine Ansicht nicht allgemein, noch unbestritten sey, indem er ausdrücklich bemerkt: poterit quidem dici, jam nullas esse — liberati sunt.

Man könnte nun zwar mit der Glosse ad fr. 36. D. cit. den Widerspruch zwischen fr. 36. und fr. 76. citt. dadurch zu lösen suchen, daß man das erstere Gesetz von dem Falle versteht, wenn sogleich nach geschehener Zahlung die Klage cedirt worden, während das letztere ausdrücklich von der post aliquod intervallum stattgefundenen Cession redet. Gegen eine solche Auslegung, nach welcher beide Gesetze sich recht wohl vereinigen lassen, streiten auch die Worte des fr. 36. cit. nicht.

Allein auf der andern Seite ist doch in fr. 36. cit. nicht bestimmter angegeben, daß unter den Worten accepta pecunia praestat actiones gerade die in den nächsten Augenblicken nach der Zahlung geschehene Cession gemeint sey; sodann wird, wenn doch einmal ein Kauf der Forderung fingirt werden soll, darauf gar nichts ankommen können, ob die Cession sogleich, oder erst nach einiger Zeit geschieht; und endlich sagt fr. 39. D. de fidejussor. cit., indem es dem zahlenden Bürgen jede Klage gegen den Mitbürgen abspricht, ganz allgemein: si alter ex fidejussoribus totum exsolvet nec ei cessae sint actiones etc. ohne dabei zu unterscheiden, ob die Cession sogleich nach der Zahlung oder erst später geschehen. Da nun sowohl fr. 39. D. de fidejussor. als fr. 76. D. de solut. citt. von Modestinus herrühren, so scheint dieser in jenen beiden Gesetzen der Strenge zu folgen, Paulus dagegen in fr. 36. D. de fidejussor. die Milde zu begünstigen.

Es kann zwar nicht behauptet werden, daß diese eine Stelle, welche nicht einmal völlig deutlich und unzweideutig ist, allen übrigen entgegenstehenden Gesetzen, wie dem fr. 76. D. de solut. fr. 39. D. de fidejussor. und sogar der const. 11. C. de fidejussor., die alle weit bestimmter reden, derogire; allein als eine Stütze für die oben aufgestellte Behauptung, daß bei der Bürgschaft eine singuläre Strenge eintrete, kann fr. 36. doch wohl betrachtet werden.

Mit Übergehung der Ansichten älterer Juristen, welche von geringerer Bedeutung sind, will ich nur die Meinungen einiger neueren Rechtslehrer hervorheben [1]).

Bucher findet, indem er das fr. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. (27, 3.) mit const. 11. C. de fidejussoribus (8, 41.) vergleicht, den Grund der größeren Milde bei dem ersterem Gesetze in der Begünstigung des Pupillen. Man gestatte nämlich dem das Ganze zahlenden tutor den Regreß auf theilweisen Ersatz des Gezahlten gegen seine contutores, damit er um so leichter sich bewogen finde, die exceptio divisionis nicht vorzuschützen, und somit der Pupill weit schneller zu seiner vollen Befriedigung gelange [2]).

Wollte man aber auch diesen Grund, welcher doch nirgends angedeutet wird, gelten lassen, und wollte man sogar die Regreßklage des zahlenden magistratus gegen seinen Collegen, auf gleiche Begünstigung gründen, (weil diese häufig nach denselben Gruudsätzen, wie die Vormünder, beurtheilt werden) so bleiben immer noch die übrigen Gesetzesstellen unbeseitigt; namentlich das fr. 4. D. de effusis et dejectis und die const. 2. C. de duobus reis.

Mühlenbruch löst die Verschiedenheit der Bestimmunmungen in fr. 1. §. 13. D. cit. und fr. 39. D. de fidejussor. durch folgendes Raisonnement: Demjenigen, welcher blos nach strengem Rechte verpflichtet ist, solle jeder Befreiungsgrund zu Statten kommen, gesetzt auch, daß die Verpflichtung des Zahlenden ebenfalls nur auf einem gleichen Grunde

---

1) Bucher a. a. O. §. 20. pos. 1. Mühlenbruch a. a. O. §. 44. S. 455 ff. vergl. mit S. 461. 462. pos. 7. daß Beide unter der actio utilis in fr. 1. §. 13. D. 27, 3. nicht, wie oben angenommen worden, die actio negotiorum gestorum, sondern die actio tutelae utilis verstehen, entscheidet hier nichts, da diese beiden Klagen ein Fundament haben, nämlich die von den Gesetzen anerkannte aequitas.

2) Dieselbe Ansicht hat Hugo Donellus l. c. aufgestellt.

beruhe. Das Gesetz nehme deßhalb den zahlenden Bürgen nicht in besondern Schutz, weil hier das *jus aequum* nicht einwirken könne, nach dessen Grundsätzen etwa dem Zahlenden eine Klage gegen die Mitbürgen gestattet würde.

Diese Bestimmung bei dem Correalverhältniß mehrerer Bürgen dehnt Mühlenbruch auf die correi im Allgemeinen aus, weil bei diesen ebensowenig, wie bei den Bürgen, der Umstand, daß gerade der Zahlende das Opfer der gesetzlichen Strenge werden müsse, ein Grund sey, ihm gegen die Übrigen eine Klage zu geben.

Wenn dagegen von mehreren Vormündern der eine aus einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung oder aus der Geschäftsführung eines andern Mitvormunds gezahlt habe, so sey dieß ein von dem vorhergehenden ganz verschiedener Fall. Das Gesetz verpflichte sämmtliche Vormünder in solidum, weil sie eigentlich alle hätten geriren sollen. Es möge dieß nun geschehen und dabei etwas versehen worden seyn, oder es möge der Nachtheil zunächst nur seinen Grund in der Geschäftsführung des Einen haben, immer könne Keiner sagen, daß er außer Schuld sey. Darum seyen denn mehrere Vormünder nicht, wie mehrere Mitbürgen, blos nach strengem Rechte verpflichtet, sondern sie seyen es schon nach allgemeinen Grundsätzen; mithin wäre es billig, daß nicht der Eine das Opfer für die Übrigen werde, die mit ihm in gleicher Schuld sich befunden haben.

Mühlenbruch leitet hiernach (wenn ich seine Meinung nicht unrichtig aufgefaßt habe) die Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen in fr. 39. D. de fidejussor. und in fr. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. aus der Natur der Bürgschaft, als eines negotium stricti juris, ab. In so ferne stimmt seine Ansicht mit dem oben im §. 32. a. E. ausgesprochenen Gedanken überein, mit der Abweichung jedoch, daß dort nicht allein in der Natur der fidejussio als negotium stricti juris, sondern in der

gleichzeitigen Eigenschaft derselben als eines accessorischen Rechtsgeschäfts, der Grund singulärer Strenge gefunden, und dadurch die Folgerung begründet wurde, daß demgemäß, (wenn man etwa überhaupt fr. 39. D. und const. 11. D. de fidejussor. ausdehnen wollte) sich höchstens eine Ausdehnung auf Correalobligationen, welche zugleich Intercessionen sind, gedenken ließe.

§. 38.

Fortsetzung des vorigen Paragraphen.

Gegen die vorerwähnte Ansicht Mühlenbruch's läßt sich übrigens Folgendes bemerken:

Wenn bei der Bürgschaft die Strenge des *jus strictum* der Grund ist, warum man dem Zahlenden keine Regreßklage gestattet, so wird der Schluß auf die Correalverhältnisse im Allgemeinen wenigstens alsdann zu gewagt erscheinen müssen, wenn diese nach römischem Rechte aus einem negotium bonae fidei entstanden sind; z. B. wenn Mehrere als correi einen Kauf oder eine Miethe abgeschlossen haben ꝛc. [1]); was denn bei uns auf alle durch ein Rechtsgeschäft entstandenen Correalverbindlichkeiten auszudehnen ist.

Wollte man aber auch Mühlenbruch's Gründe für die Verschiedenheit der Bestimmungen in fr. 1. §. 13. cit. und fr. 39. cit. im Ganzen gelten lassen, so müßten dieselben doch ebenso bei der Correalverbindlichkeit der magistratus und mehrerer Bewohner eines Locals bei der actio de effusis et dejectis Anwendung leiden, weil auch diese schon nach allgemeinen Grundsätzen und nicht blos nach der Strenge verpflichtet sind, und sich offenbar alle ebenso in gleicher Schuld [2]) befinden, wie mehrere Vormünder. Sonach würde

1) fr. 47. D. locati conducti (19, 2.).

2) Von dem Hinauswerfenden selbst, welcher nach §. 18. a. E. not. 2. mit der actio legis Aquiliae belangt wird, kann hier keine Rede seyn.

man auf diesem Wege gleichfalls zu dem Resultate gelangen, daß bei allen den früher angegebenen, hier in Frage kommenden gesetzlichen Correalobligationen, mit Ausnahme des Verhältnisses des Bürgen zum Mitbürgen, ein übereinstimmender Grund zur Gestattung einer actio utilis für den zahlenden correus stattfinde; wie denn überhaupt die gesetzlichen Correalverpflichtungen am Natürlichsten und allein sich daraus erklären lassen, daß die Gesetze eine gleich starke Verbindlichkeit aller Verpflichteten angenommen haben, bestehe deren Fundament nun in einem unterstellten Rechtsgeschäft z. B. in einem Quasicontract, oder in irgend einem andern Obligationsgrunde.

Und wenn dieß für die gesetzlichen Correalverpflichtungen richtig steht; warum soll uns nicht const. 2. C. de duobus reis nach der obigen Erklärung zur Gestattung einer actio utilis für die vertragsmäßigen Correalschuldner, und folgeweise zur Annahme eines Regreßrechts für den zahlenden correus im Allgemeinen berechtigen, es entstehe seine Verpflichtung aus welchem Rechtsgrund sie wolle?

Überhaupt aber läßt sich die Frage aufwerfen: Warum sollen diese so verschiedenartigen Fälle als Ausnahmen von der Regel betrachtet werden, und nicht vielmehr die Strenge bei dem einzigen Correalverhältniß mehrerer Bürgen; da doch für die Singularität dieser Strenge ebenso starke, ja noch weit mehr und weit stärkere Gründe sprechen, als für eine in den übrigen Fällen von den Gesetzen beobachtete besondere Milde?

§. 39.

Schlußbemerkung.

Ich schließe daher diesen civilistischen Versuch mit der Bemerkung, daß es mir keineswegs bloßes Erzeugniß schlaffer

Billigkeit zu seyn scheint, wenn man dem die ganze Schuld zahlenden correus in der Regel eine actio utilis gegen seine Mitverpflichteten gestattet, sondern daß vielmehr **die hier so natürliche *aequitas* in den Gesetzen ausdrückliche Anerkennung findet.**

III.

Ist der Pfandgläubiger, welcher ein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor dieselbe vom Gemeinschuldner erworben wurde, Separatist?

Von

dem Herrn Dr. Ferd. Carl Theodor Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Diese gemeiniglich mit Ja! beantwortete Frage hat in neuerer Zeit zuerst Thibaut [1]) gegen die Mehrzahl der älteren und neueren Juristen verneint, und die seither herrschende Theorie, nach der jetzigen Lage der Gesetzgebung, für eine ungeheuere Inconsequenz erklärt; ein Vorwurf, welcher denn auch den Code Nap. art. 2177. treffe.

Der Hauptgrund, auf welchen sich die gemeine Theorie seitdem stützte, ist nämlich, daß Niemanden sein *jus quaesitum* genommen werden könne. Der Gemeinschuldner, sagen die Vertheidiger derselben [2]), konnte die Sache nicht ohne das darauf haftende Pfand erwerben, folglich seinen Gläu-

1) Civilist. Abhandlungen, Abh. 13. S. 131 fg. System der Pand. Thl. 2. §. 655.

2) Westphal vom Pfandrecht §. 159. 160. Gmelin Rangordnung der Gläubiger S. 84. ed. 5. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 69.

Ich hebe nun aus dem, was uns Gajus über die genannten Institute berichtet, nur folgendes Resultat, als hierher gehörig, hervor:

In den frühesten Zeiten waren alle diese Intercedenten, sponsores, fidepromissores und fidejussores, in solidum verpflichtet [1]; die Lex Apuleja aber führte später unter mehreren fidepromissores und sponsores eine gewisse Gemeinschaft (eine Art von Gesellschaftsverhältniß) ein [2], so, daß daß Jeder das, was er über seine pars virilis gezahlt, von dem Andern zurückfordern konnte; und die Lex Furia hob endlich für die fidepromissores und sponsores die obligatio in solidum gänzlich auf und setzte an deren Stelle eine bloße obligatio pro rata [3]. Da die letztere Lex indessen nur für Italien galt, so blieb in den übrigen Theilen des römischen Reichs die Lex Apuleja in Kraft [4]; und somit ergab sich das Resultat, daß die fidepromissores und sponsores in Italien nur pro rata, in den Provinzen aber zwar in solidum verpflichtet waren, jedoch unter Vorbehalt des Regresses gegen ihre Mitverpflichteten, gerade so, wie hier ein Regreßrecht für den zahlenden correus behauptet wird.

Bei der fidejussio dagegen blieb die ursprüngliche Strenge unverändert, bis endlich, offenbar unter dem mildernden Einfluß der beiden andern Institute [5], für mehrere fidejussores die exceptio divisionis durch die epistola Divi Hadriani eingeführt wurde.

---

1) Gajus §. 122. verb.: „Lex autem Apuleja ante Legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur."

2) „quandam societatem introduxit." Gajus §. 122. Daß keine eigentliche societas unter den sponsores und fidepromissores im Allgemeinen bestanden, geht hieraus zur Genüge hervor.

3) Gajus §. 121.

4) Gajus §. 122.

5) Dafür spricht die ganze Zusammenstellung bei Gajus §. 115—122.

Weitere directe Änderungen und Erweiterungen hat aber die fidejussio durch die römischen Gesetze nicht erfahren; namentlich erwähnt das constitutum debiti alieni [durch welches der Prätor verschiedene andere Härten der alten fidejussio dem fortschreitenden milderen Geiste des neueren römischen Rechts gemäß abstellte [1]] das Regreßrecht des zahlenden Constituenten gegen seine Mitverpflichteten durchaus nicht; und selbst Justinian, der doch so Manches an dem constitutum erweiterte, übergeht in seiner const. 2. et 3. C. de constit. pecun. (4, 18.) diesen Punct mit völligem Schweigen.

§. 36.

Fällt heut zu Tage die singuläre gesetzliche Strenge bei der Bürgschaft weg?

Nach den vorhergehenden §. §. wird die Behauptung, daß bei der fidejussio eine singuläre nicht auszudehnende Strenge in Beziehung auf unsere Frage stattgefunden, keines weiteren Beweises bedürfen. Auf der andern Seite ließe sich aber die Frage aufwerfen: ob nicht die rechtliche Natur der fidejussio im späteren römischen Rechte und namentlich bei uns, wenn auch nicht direct, doch wenigstens indirect eine Umgestaltung erlitten, nach welcher man auf ein Regreßrecht des zahlenden Bürgen gegen seine Mitbürgen schließen könnte.

Durch const. 10. C. de contrah. et committ. stipulat. (8, 38.) Imp. Leo A. Erythrio P. P. vom Jahr 469 wird nämlich verordnet, daß es bei der stipulatio auf die gebrauchten Wortformeln gar nicht mehr ankommen solle.

---

1) Vergl. fr. 8—11. fr. 16. pr. §. 2. et 5. fr. 34. 42. 70. D. de fidejussor. et mandator. (46, 1.) mit fr. 1. pr. et §. 5. et 8. fr. 3. §. 2. fr. 4. et 5. 11. 12. 13. 14. §. 3. fr. 16. et 18. §. 1. fr. 19. §. 1. D. de constit. pecun. (13, 5). const 2. et 3. C. eod. (4, 18).

Dadurch ist denn wenigstens der formelle Unterschied zwischen sponsio, fidepromissio und fidejussio verschwunden und die fidejussio, als das gewöhnlichste der drei Institute, allein geblieben.

Man könnte nun weiter folgern: die fidejussio sey nach const. 10. C. cit. ein ganz anderes durch die Verschmelzung der drei früheren Intercessionsarten neu gebildetes Institut geworden, welches die Vortheile aller dieser accessorischen Stipulationsarten in sich vereinige. Man könnte sodann insbesondere hinsichtlich unserer Frage bemerken, daß dem das Ganze zahlenden correus in den Gesetzen bei so manchen andern Arten der Correalverhältnisse ausdrücklich ein Regreßrecht verliehen werde, und daß dieses Regreßrecht dem Geiste des milderen neueren römischen Rechts durchaus entspreche; und endlich ließe sich noch für unsere Zeit anführen, daß alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden seyen, und darum die Folgen singulärer, mit dem jus strictum in seiner ursprünglichen Schroffheit zusammenhängenden Strenge verschwinden müßten.

Diese Behauptungen würden sich nun auch wohl begründen lassen, wenn erwiesen werden könnte 1) daß der materielle wie der formelle Unterschied zwischen den drei accessorischen Stipulationsarten bis zur erwähnten const. von Leo fortgedauert; 2) daß die Stellen in Justinian's Compilation, welche dem zahlenden fidejussor den Regreß gegen seinen confidejussor verweigern, allein von der fidejussio in ihrem frühern beschränkteren Umfang verstanden werden könnten; 3) daß in neuerer Zeit alle Obligationsverhältnisse hinsichtlich unserer Frage den verborum obligationibus (bei welchen die sponsio und fidepromissio allein vorkommen konnten) gleich zu setzen seyen, und somit 4) die entgegenstehenden Gesetzesstellen fr. 39. D. und const. 11. C. de fidejussor. et mandator. als blos historisch betrachtet werden könnten.

Allein wenn sich auch die Voraussetzung unter 1) durch Berufung auf den, nach GAJUS lebenden PAULUS [1]) und auf §. 1. J. de V. O. (3, 16.), worin der Zustand vor const. 10. C. cit. kurz geschildert wird, nachweisen, oder wenigstens wahrscheinlich machen ließe, und wenn man auch ad 3) behaupten wollte, daß jetzt, nachdem alle Versprechungen gleich Stipulationen gelten und das Bindende der Obligationsverhältnisse allein auf gegenseitiger Übereinkunft der Contrahenten beruht, daß jetzt, sage ich, zwischen verborum obligationes und den aus andern Rechtsgründen entstandenen Obligationen, kein Unterschied mehr bestehen könnte, sondern daß alle Rechtsgeschäfte, als negotia bonae fidei, ex aequo et bono zu beurtheilen seyen, so wird doch immer, außer so manchen andern hier zu übergehenden Gegengründen, vorzüglich darin ein nicht zu beseitigendes Hinderniß liegen, daß in Justinian's Compilation nur die Grundsätze über *fidejussio* angegeben, dagegen die abweichenden Bestimmungen über die (ohnehin auch früher seltner vorkommende) *sponsio* und *fidepromissio* gar nicht darin aufgenommmen sind; ein Umstand, welcher bei einer Gesetzessammlung, die rein für practische Anwendung bestimmt ist, entscheidend seyn muß.

Was sodann unser heutiges Recht betrifft, so kann die Änderung, nach welcher jetzt alle Rechtsgeschäfte negotia bonae fidei geworden sind, nicht so stark einwirken, daß allein darauf hin deutliche Bestimmungen unserer in complexu recipirten Gesetze wegdemonstrirt werden könnten, auch wenn deren Bestimmungen lediglich im jus strictum ihren ursprünglichen Grund gehabt [2]).

---

1) Sententiae receptae Lib. I. Tit 9. et 20.

2) Der Verf. erlaubt sich hier noch eine Bemerkung anzufügen, welche, obwohl er kein besonderes Gewicht darauf legt, doch für die bisherige Untersuchung nicht ohne Interesse seyn möchte. Es scheinen ihm nämlich selbst einige unter den römischen Juristen die

§. 37.

Ist die dem zahlenden correus in einzelnen Gesetzen gestattete actio utilis aus besonderer Begünstigung des concreten Falles zu erklären?

Es bleibt jetzt noch übrig, die Frage zu berühren: ob die in den Gesetzen dem zahlenden correus gestattete actio

---

singuläre Strenge bei dem Correalverhältniß mehrerer Bürgen eingesehen und demgemäß auf Mittel gesonnen zu haben, die nachtheiligen Folgen derselben zu verhüten.

Darauf deutet hin das fr. 36. D. de fidejussoribus (46, 1.) Paulus lib. 14. ad Plautium *). „Cum is, qui et reum et fidejussorem habens, ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones: poterit quidem dici, nullas jam esse, cum suum perceperit, et perceptione omnes liberati sunt; sed non ita est: non enim solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones.“

Paulus fingirt hier bei der durch einen Bürgen geschehenen Zahlung der ganzen Forderung einen Verkauf derselben, wie die Worte sed quodammodo nomen debitoris vendidit anzeigen, und will durch diese Fiction die Möglichkeit der Abtretung der Klagen auch noch nach geschehener Zahlung herbeiführen; in ähnlicher Weise, wie Modestinus in dem oben mehrfach erwähnten fr. 76 D. de solut. **) bei der Zahlung aller Forderungen aus einem Vormundschaftsverhältniß einen Kauf der Forderung annimmt, jedoch nur unter der Bedingung, wenn die Zahlung mit der ausdrücklichen Verabredung, daß die Klage cedirt werden solle, geschehen ist. Von einer solchen Verabredung schweigt dagegen fr. 36 cit. gänzlich, (ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones) und dennoch ergiebt sich sowohl aus den Worten: accepta pecunia, als aus dem Raisonnement des Paulus: nullus jam esse, cum suum perceperit et per-

*) Zu den Zeiten des Paulus hat, wie schon vorhin angedeutet worden, der formelle wie der materielle Unterschied zwischen fidejussio, fidepromissio und sponsio ohne Zweifel noch bestanden. Rec. Sentent. Lib. I. Tit. 9. et 20.

**) Schon Brunnemann in Codicem Lib. 8. Tit. 41. L. Cum alter. (11.) stellt das fr. 76. cit. mit fr. 36. cit. zusammen, und findet in dem erstern die Ansicht des strengern Rechts, den „rigor juris“, in dem letzteren die der aequitas.

utilis aus einer besondern Begünstigung des concreten Falles erklärt werden müsse.

---

ceptione omnes liberati sunt, daß die Cession der Klagen weder während des Acts der Zahlung, noch vorher geschehen war.

Paulus hilft sich hiernach, um den vorhin angegebenen Zweck (Ausgleichung der singulären Strenge) zu erreichen, durch Fictionen. Er gesteht dabei zu, daß seine Ansicht nicht allgemein, noch unbestritten sey, indem er ausdrücklich bemerkt: poterit quidem dici, jam nullas esse — liberati sunt.

Man könnte nun zwar mit der Glosse ad fr. 36. D. cit. den Widerspruch zwischen fr. 36. und fr. 76. citt. dadurch zu lösen suchen, daß man das erstere Gesetz von dem Falle versteht, wenn sogleich nach geschehener Zahlung die Klage cedirt worden, während das letztere ausdrücklich von der post aliquod intervallum stattgefundenen Cession redet. Gegen eine solche Auslegung, nach welcher beide Gesetze sich recht wohl vereinigen lassen, streiten auch die Worte des fr. 36. cit. nicht.

Allein auf der andern Seite ist doch in fr. 36. cit. nicht bestimmter angegeben, daß unter den Worten accepta pecunia praestat actiones gerade die in den nächsten Augenblicken nach der Zahlung geschehene Cession gemeint sey; sodann wird, wenn doch einmal ein Kauf der Forderung fingirt werden soll, darauf gar nichts ankommen können, ob die Cession sogleich, oder erst nach einiger Zeit geschieht; und endlich sagt fr. 39. D. de fidejussor. cit., indem es dem zahlenden Bürgen jede Klage gegen den Mitbürgen abspricht, ganz allgemein: si alter ex fidejussoribus totum exsolvet nec ei cessae sint actiones etc. ohne dabei zu unterscheiden, ob die Cession sogleich nach der Zahlung oder erst später geschehen. Da nun sowohl fr. 39. D. de fidejussor. als fr. 76. D. de solut. citt. von Modestinus herrühren, so scheint dieser in jenen beiden Gesetzen der Strenge zu folgen, Paulus dagegen in fr. 36. D. de fidejussor. die Milde zu begünstigen.

Es kann zwar nicht behauptet werden, daß diese eine Stelle, welche nicht einmal völlig deutlich und unzweideutig ist, allen übrigen entgegenstehenden Gesetzen, wie dem fr. 76. D. de solut. fr. 39. D. de fidejussor. und sogar der const. 11. C. de fidejussor., die alle weit bestimmter reden, derogire; allein als eine Stütze für die oben aufgestellte Behauptung, daß bei der Bürgschaft eine singuläre Strenge eintrete, kann fr. 36. doch wohl betrachtet werden.

Mit Übergehung der Ansichten älterer Juristen, welche von geringerer Bedeutung sind, will ich nur die Meinungen einiger neueren Rechtslehrer hervorheben [1]).

Bucher findet, indem er das fr. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. (27, 3.) mit const. 11. C. de fidejussoribus (8, 41.) vergleicht, den Grund der größeren Milde bei dem ersterem Gesetze in der Begünstigung des Pupillen. Man gestatte nämlich dem das Ganze zahlenden tutor den Regreß auf theilweisen Ersatz des Gezahlten gegen seine contutores, damit er um so leichter sich bewogen finde, die exceptio divisionis nicht vorzuschützen, und somit der Pupill weit schneller zu seiner vollen Befriedigung gelange [2]).

Wollte man aber auch diesen Grund, welcher doch nirgends angedeutet wird, gelten lassen, und wollte man sogar die Regreßklage des zahlenden magistratus gegen seinen Collegen, auf gleiche Begünstigung gründen, (weil diese häufig nach denselben Grundsätzen, wie die Vormünder, beurtheilt werden) so bleiben immer noch die übrigen Gesetzesstellen unbeseitigt; namentlich das fr. 4. D. de effusis et dejectis und die const. 2. C. de duobus reis.

Mühlenbruch löst die Verschiedenheit der Bestimmunmungen in fr. 1. §. 13. D. cit. und fr. 39. D. de fidejussor. durch folgendes Raisonnement: Demjenigen, welcher blos nach strengem Rechte verpflichtet ist, solle jeder Befreiungsgrund zu Statten kommen, gesetzt auch, daß die Verpflichtung des Zahlenden ebenfalls nur auf einem gleichen Grunde

1) Bucher a. a. O. §. 20. pos. 1. Mühlenbruch a. a. O. §. 44. S. 455 ff. vergl. mit S. 461. 462. pos. 7. daß Beide unter der actio utilis in fr. 1. §. 13. D. 27, 3. nicht, wie oben angenommen worden, die actio negotiorum gestorum, sondern die actio tutelae utilis verstehen, entscheidet hier nichts, da diese beiden Klagen ein Fundament haben, nämlich die von den Gesetzen anerkannte aequitas.

2) Dieselbe Ansicht hat Hugo Donellus l. c. aufgestellt.

beruhe. Das Gesetz nehme deßhalb den zahlenden Bürgen nicht in besondern Schutz, weil hier das *jus aequum* nicht einwirken könne, nach dessen Grundsätzen etwa dem Zahlenden eine Klage gegen die Mitbürgen gestattet würde.

Diese Bestimmung bei dem Correalverhältniß mehrerer Bürgen dehnt Mühlenbruch auf die correi im Allgemeinen aus, weil bei diesen ebensowenig, wie bei den Bürgen, der Umstand, daß gerade der Zahlende das Opfer der gesetzlichen Strenge werden müsse, ein Grund sey, ihm gegen die Übrigen eine Klage zu geben.

Wenn dagegen von mehreren Vormündern der eine aus einer gemeinschaftlichen Geschäftsführung oder aus der Geschäftsführung eines andern Mitvormunds gezahlt habe, so sey dieß ein von dem vorhergehenden ganz verschiedener Fall. Das Gesetz verpflichte sämmtliche Vormünder in solidum, weil sie eigentlich alle hätten geriren sollen. Es möge dieß nun geschehen und dabei etwas versehen worden seyn, oder es möge der Nachtheil zunächst nur seinen Grund in der Geschäftsführung des Einen haben, immer könne Keiner sagen, daß er außer Schuld sey. Darum seyen denn mehrere Vormünder nicht, wie mehrere Mitbürgen, blos nach strengem Rechte verpflichtet, sondern sie seyen es schon nach allgemeinen Grundsätzen; mithin wäre es billig, daß nicht der Eine das Opfer für die Übrigen werde, die mit ihm in gleicher Schuld sich befunden haben.

Mühlenbruch leitet hiernach (wenn ich seine Meinung nicht unrichtig aufgefaßt habe) die Verschiedenheit der gesetzlichen Bestimmungen in fr. 39. D. de fidejussor. und in fr. 1. §. 13. D. de tut. et rat. distrah. aus der Natur der Bürgschaft, als eines negotium stricti juris, ab. In so ferne stimmt seine Ansicht mit dem oben im §. 32. a. E. ausgesprochenen Gedanken überein, mit der Abweichung jedoch, daß dort nicht allein in der Natur der fidejussio als negotium stricti juris, sondern in der

gleichzeitigen Eigenschaft derselben als eines accessorischen Rechtsgeschäfts, der Grund singulärer Strenge gefunden, und dadurch die Folgerung begründet wurde, daß demgemäß, (wenn man etwa überhaupt fr. 39. D. und const. 11. D. de fidejussor. ausdehnen wollte) sich höchstens eine Ausdehnung auf Correalobligationen, welche zugleich Intercessionen sind, gedenken ließe.

§. 38.

Fortsetzung des vorigen Paragraphen.

Gegen die vorerwähnte Ansicht Mühlenbruch's läßt sich übrigens Folgendes bemerken:

Wenn bei der Bürgschaft die Strenge des *jus strictum* der Grund ist, warum man dem Zahlenden keine Regreßklage gestattet, so wird der Schluß auf die Correalverhältnisse im Allgemeinen wenigstens alsdann zu gewagt erscheinen müssen, wenn diese nach römischem Rechte aus einem negotium bonae fidei entstanden sind; z. B. wenn Mehrere als correi einen Kauf oder eine Miethe abgeschlossen haben 2c. [1]); was denn bei uns auf alle durch ein Rechtsgeschäft entstandenen Correalverbindlichkeiten auszudehnen ist.

Wollte man aber auch Mühlenbruch's Gründe für die Verschiedenheit der Bestimmungen in fr. 1. §. 13. cit. und fr. 39. cit. im Ganzen gelten lassen, so müßten dieselben doch ebenso bei der Correalverbindlichkeit der magistratus und mehrerer Bewohner eines Locals bei der actio de effusis et dejectis Anwendung leiden, weil auch diese schon nach allgemeinen Grundsätzen und nicht blos nach der Strenge verpflichtet sind, und sich offenbar alle ebenso in gleicher Schuld [2]) befinden, wie mehrere Vormünder. Sonach würde

1) fr. 47. D. locati conducti (19, 2.).

2) Von dem Hinauswerfenden selbst, welcher nach §. 18. a. E. not. 2. mit der actio legis Aquiliae belangt wird, kann hier keine Rede seyn.

man auf diesem Wege gleichfalls zu dem Resultate gelangen, daß bei allen den früher angegebenen, hier in Frage kommenden gesetzlichen Correalobligationen, mit Ausnahme des Verhältnisses des Bürgen zum Mitbürgen, ein übereinstimmender Grund zur Gestattung einer actio utilis für den zahlenden correus stattfinde; wie denn überhaupt die gesetzlichen Correalverpflichtungen am Natürlichsten und allein sich daraus erklären lassen, daß die Gesetze eine gleich starke Verbindlichkeit aller Verpflichteten angenommen haben, bestehe deren Fundament nun in einem unterstellten Rechtsgeschäft z. B. in einem Quasicontract, oder in irgend einem andern Obligationsgrunde.

Und wenn dieß für die gesetzlichen Correalverpflichtungen richtig steht; warum soll uns nicht const. 2. C. de duobus reis nach der obigen Erklärung zur Gestattung einer actio utilis für die vertragsmäßigen Correalschuldner, und folgeweise zur Annahme eines Regreßrechts für den zahlenden correus im Allgemeinen berechtigen, es entstehe seine Verpflichtung aus welchem Rechtsgrund sie wolle?

Überhaupt aber läßt sich die Frage aufwerfen: Warum sollen diese so verschiedenartigen Fälle als Ausnahmen von der Regel betrachtet werden, und nicht vielmehr die Strenge bei dem einzigen Correalverhältniß mehrerer Bürgen; da doch für die Singularität dieser Strenge ebenso starke, ja noch weit mehr und weit stärkere Gründe sprechen, als für eine in den übrigen Fällen von den Gesetzen beobachtete besondere Milde?

§. 39.

Schlußbemerkung.

Ich schließe daher diesen civilistischen Versuch mit der Bemerkung, daß es mir keineswegs bloßes Erzeugniß schlaffer

Billigkeit zu seyn scheint, wenn man dem die ganze Schuld zahlenden correus in der Regel eine actio utilis gegen seine Mitverpflichteten gestattet, sondern daß vielmehr die hier so natürliche *aequitas* in den Gesetzen ausdrückliche Anerkennung findet.

III.

Ist der Pfandgläubiger, welcher ein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor dieselbe vom Gemeinschuldner erworben wurde, Separatist?

Von

dem Herrn Dr. Ferd. Carl Theodor Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Diese gemeiniglich mit Ja! beantwortete Frage hat in neuerer Zeit zuerst Thibaut [1]) gegen die Mehrzahl der älteren und neueren Juristen verneint, und die seither herrschende Theorie, nach der jetzigen Lage der Gesetzgebung, für eine ungeheuere Inconsequenz erklärt; ein Vorwurf, welcher denn auch den Code Nap. art. 2177. treffe.

Der Hauptgrund, auf welchen sich die gemeine Theorie seitdem stützte, ist nämlich, daß Niemanden sein *jus quaesitum* genommen werden könne. Der Gemeinschuldner, sagen die Vertheidiger derselben [2]), konnte die Sache nicht ohne das darauf haftende Pfand erwerben, folglich seinen Gläu-

---

1) Civilist. Abhandlungen, Abh. 13. S. 131 fg. System der Pand. Thl. 2. §. 655.

2) Westphal vom Pfandrecht §. 159. 160. Gmelin Rangordnung der Gläubiger S. 84. ed. 5. Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 69.

bigern nicht mehr Rechte an der Sache verschaffen, als er selbst hatte; und dem Pfandgläubiger kann sein Recht weder durch die nachherige Veräußerung des Verpfänders, noch durch die nachfolgenden Gläubiger des neuen Erwerbers entzogen werden.

Dagegen bemerkt Thibaut: „Hätte die Gesetzgebung den alt-römischen Grundsatz festgehalten, daß bloß das Alter über den Vorgang des Pfandrechts entscheide: so würde die Bejahung der obigen Frage keinem Zweifel unterliegen. Allein wir haben ja privilegirte Pfänder, denen, als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter, der Vorrang gebührt. Hiernach verschwindet eben der Begriff eines *jus quaesitum*, so oft ein privilegirtes Pfand mit andern, entweder gar nicht, oder nicht gleich privilegirten Pfändern zusammentrifft. Man kann daher nicht mehr sagen: der Verpfänder ist außer Stande, früher von ihm bewilligte Pfandrechte durch spätere aufzuheben. Das ist es ja eben, was er kann.

Nun giebt es aber doch wohl keinen ausgemachteren Grundsatz, als daß die Rechte des Vorgängers auch dem Nachfolger nicht abzusprechen sind. „Kann also der Verpfänder selbst durch Bewilligung privilegirter Pfandrechte die Rechte seiner simpeln Pfandgläubiger brechen, so kann eben diese Befugniß auch seinem Nachfolger nicht abgesprochen werden."

„Die gemeine Theorie ist also ein Anachronismus, wobei man freilich die guten Gefühle für das wahre Recht ehren kann. Aber sie paßt nur zu dem alt-römischen weisen Systeme, und ist ganz außer den Fugen, sobald die Privilegien von Recht und Unrecht nichts weiter wissen wollen."

„Den dritten Pfandgläubigern kann man also nur insofern einen Vorrang geben, als sie ein älteres Pfandrecht haben; dagegen müssen sie den mehr privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners nachstehen."

Nach dieser Darstellung ist also die Bejahung der obigen Frage schlechthin unvereinbar mit jeder Gesetzgebung, die privilegirte Pfänder anerkennt.

Auch Glück [1]) billigt diese Gründe von Seiten der Theorie, beruft sich jedoch für das Separationsrecht des dritten Pfandgläubigers auf einen unzweifelbaren Gerichtsgebrauch [2]); und für diesen können jetzt auch zur Bestätigung Hageman [3]), von Schirach [4]) und von Ramdohr [5]), angeführt werden. Die gemeine Theorie findet auch noch jetzt an Mackeldey [6]), und der Mehrzahl der neueren Juristen, ihre Vertheidiger.

Dagegen ist kürzlich Spangenberg in einem Aufsatze: über das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen [7]), der Ansicht von Thibaut beigetreten, und damit hängt wohl die Correspondenz-Nachricht in der (von Elvers herausgegebenen) Allgemeinen Juristischen Zeitung vom 11ten April 1828 Nr. 6. zusammen, wo es heißt:

„Celle. Seither hatte das dortige Ober-Appellations-Gericht ein jus separationis ex jure hypothecarum im Concurs-Verfahren angenommen. Mit Rücksicht auf dieses Princip hatten sich seither die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse im ganzen Lande gestaltet, indem nicht bloß die gewöhnlichen Verhältnisse zwischen Gläubigern und Schuldnern, sondern auch die Verhältnisse der Vormünder und selbst der Beamten danach bestimmt worden waren. Am 5ten Dec. 1827 hat jedoch das Ober-Appellations-Gericht in einem

---

1) Commentar Thl. 19. S. 291. 92.
2) Mevius, Wernher, Reinhard bei Glück a. a. O. Anm. 24.
3) Pract. Erört. Thl 6. Nr. 39.
4) Beiträge zur Anwendung des Rechts Nr. 4.
5) Juristische Erfahrungen Th. 1. S. 230.
6) Lehrbuch das Röm. Rechts §. 777. Nr. D. Th. 2. p. 643.
7) Im Arch. für die civ. Praxis Bd. 10. H. 3. S. 404 fg.

bigern nicht mehr Rechte an der Sache verschaffen, als er selbst hatte; und dem Pfandgläubiger kann sein Recht weder durch die nachherige Veräußerung des Verpfänders, noch durch die nachfolgenden Gläubiger des neuen Erwerbers entzogen werden.

Dagegen bemerkt Thibaut: „Hätte die Gesetzgebung den alt-römischen Grundsatz festgehalten, daß bloß das Alter über den Vorgang des Pfandrechts entscheide: so würde die Bejahung der obigen Frage keinem Zweifel unterliegen. Allein wir haben ja privilegirte Pfänder, denen, als solchen, ohne Rücksicht auf das Alter, der Vorrang gebührt. Hiernach verschwindet eben der Begriff eines *jus quaesitum*, so oft ein privilegirtes Pfand mit andern, entweder gar nicht, oder nicht gleich privilegirten Pfändern zusammentrifft. Man kann daher nicht mehr sagen: der Verpfänder ist außer Stande, früher von ihm bewilligte Pfandrechte durch spätere aufzuheben. Das ist es ja eben, was er kann.

Nun giebt es aber doch wohl keinen ausgemachteren Grundsatz, als daß die Rechte des Vorgängers auch dem Nachfolger nicht abzusprechen sind. „Kann also der Verpfänder selbst durch Bewilligung privilegirter Pfandrechte die Rechte seiner simpeln Pfandgläubiger brechen, so kann eben diese Befugniß auch seinem Nachfolger nicht abgesprochen werden.“

„Die gemeine Theorie ist also ein Anachronismus, wobei man freilich die guten Gefühle für das wahre Recht ehren kann. Aber sie paßt nur zu dem alt-römischen weisen Systeme, und ist ganz außer den Fugen, sobald die Privilegien von Recht und Unrecht nichts weiter wissen wollen.“

„Den dritten Pfandgläubigern kann man also nur insofern einen Vorrang geben, als sie ein älteres Pfandrecht haben; dagegen müssen sie den mehr privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners nachstehen.“

Nach dieser Darstellung ist also die Bejahung der obigen Frage schlechthin unvereinbar mit jeder Gesetzgebung, die privilegirte Pfänder anerkennt.

Auch Glück [1]) billigt diese Gründe von Seiten der Theorie, beruft sich jedoch für das Separationsrecht des dritten Pfandgläubigers auf einen unzweifelbaren Gerichtsgebrauch [2]); und für diesen können jetzt auch zur Bestätigung Hageman [3]), von Schirach [4]) und von Ramdohr [5]), angeführt werden. Die gemeine Theorie findet auch noch jetzt an Mackeldey [6]), und der Mehrzahl der neueren Juristen, ihre Vertheidiger.

Dagegen ist kürzlich Spangenberg in einem Aufsatze: über das Separationsrecht ex jure crediti bei Concursen [7]), der Ansicht von Thibaut beigetreten, und damit hängt wohl die Correspondenz-Nachricht in der (von Elvers herausgegebenen) Allgemeinen Juristischen Zeitung vom 11ten April 1828 Nr. 6. zusammen, wo es heißt:

„Celle. Seither hatte das dortige Ober-Appellations-Gericht ein jus separationis ex jure hypothecarum im Concurs-Verfahren angenommen. Mit Rücksicht auf dieses Princip hatten sich seither die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse im ganzen Lande gestaltet, indem nicht bloß die gewöhnlichen Verhältnisse zwischen Gläubigern und Schuldnern, sondern auch die Verhältnisse der Vormünder und selbst der Beamten danach bestimmt worden waren. Am 5ten Dec. 1827 hat jedoch das Ober-Appellations-Gericht in einem

1) Commentar Thl. 19. S. 291. 92.

2) Mevius, Wernher, Reinhard bei Glück a. a. O. Anm. 24.

3) Pract. Erört. Thl 6. Nr. 39.

4) Beiträge zur Anwendung des Rechts Nr. 4.

5) Juristische Erfahrungen Th. 1. S. 230.

6) Lehrbuch das Röm. Rechts §. 777. Nr. D. Th. 2. p. 643.

7) Im Arch. für die civ. Praxis Bd. 10. H. 3. S. 404 fg.

von zwei Senaten abgegebenen formalen Erkenntniß „das s. g. Separationsrecht *ex jure hypothecario*, wenn es auch nach einer früheren Praxis Eingang gefunden, als aus unrichtigen Prämissen abgeleitet, und in den Gesetzen keineswegs begründet" verworfen. Zwei Tage später soll jedoch der dritte Senat des O. A. G. noch nach dem älteren Prinzip erkannt haben. (Zu bemerken ist, daß jedesmal, wo ein Urtheilssenat nothwendig wird, dieser aus zwei Appellationssenaten gebildet wird.) Mag das neuangenommene Prinzip auch theoretisch an sich vollkommen begründet seyn, so ist doch sehr zu besorgen, daß diese Abweichung von einer lang bestandenen Praxis den ganzen Creditzustand des Landes hart treffen wird, dem vielleicht nur durch das Einschreiten der Gesetzgebung einigermaßen vorgebeugt werden kann."

Die Gründe, welche Spangenberg a. a. O. der bisherigen Theorie und Praxis entgegensetzt, sind folgende:

1) Das Römische Recht kenne nur einzelne Fälle der Separation ex jure crediti, von welchen keiner analogisch auf unsern Fall ausgedehnt werden könne. Auch habe sich seither Niemand darauf berufen.

2) Die Rechtsparömie: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet könne auf Verhältnisse der vorliegenden Art gar nicht angewandt werden, weil jeder Eigenthümer berechtigt sey, sein Eigenthum willkührlich zu verhypotheciren, und selbst mit Hypotheken einer besseren Art zu belasten, so sehr auch dadurch die Bestellung der früheren Hypothek vermindert, oder gar aufgehoben werde. Was in dieser Hinsicht dem ersten Eigenthümer zustehe, das müsse in aller Maaße auch dem zweiten Eigenthümer, der die Sache von jenem *titulo singulari* erworben, zustehen. Das Eigenthum gehe freilich belastet auf den neuen Erwerber über, aber deshalb werde seine Dispositionsbefugniß in Betreff der Hypotheken-

bestellung nicht beschränkt. Denn der zweite Eigenthümer trete ganz und gar in die Stelle des ersten, und der bloße Übergang einer Sache aus einer Hand in die andere könne die daran klebenden Rechtsverhältnisse nicht ändern. Durch die Übertragung der Sache auf den zweiten Eigenthümer gehe mithin die Befugniß zur unumschränkten Hypothekenbestellung auf ihn über, indem kein Gesetz vorhanden, daß der successor singularis in seinen Dispositionen durch die bereits zur Zeit der Erwerbung vorhandenen Pfandrechte mehr beschränkt seyn solle, als es sein *auctor* gewesen.

3) Eben so unhaltbar sey der Grund, daß der Gemeinschuldner zwar befugt sey, seinen Gläubigern sein eignes, nicht aber fremdes Gut abzutreten, und daß diese seine Gläubiger gleichfalls nicht berechtigt seyen, ihre Befriedigung aus eines Dritten Vermögen zu erlangen. Denn das beruhe auf einer Verwechselung des Begriffs des Eigenthums, und des eines hypothecarischen Rechts am Eigenthum, indem der Pfandgläubiger nie ein Eigenthum an der Sache erlange, sondern nur das Recht, sich wegen seiner Forderung aus der ihm verpfändeten Sache Befriedigung zu verschaffen. Bis dahin bleibe der Eigenthümer wirklicher Eigenthümer der von ihm verpfändeten Sache, und man könne daher niemals sagen, daß er fremdes Gut seinen Gläubigern abtrete, wenn er die mit Hypotheken überkommene, und von ihm noch weiter verpfändete Sache allen denjenigen, die ihre Befriedigung aus derselben verlangten, abtrete; noch daß seine Gläubiger, wenn sie sich an die zwar früher andern, nachmals aber auch ihnen verpfändeten Sachen halten wollten, ihre Befriedigung aus eines Dritten Vermögen verlangen würden.

Es ergiebt sich aus dieser Darstellung, daß der rechtliche Grundsatz, auf welchen sich die neue Theorie stützt, kein anderer ist als dieser: was dem Vorgänger mög-

lich war, muß auch dessen Nachfolger, und zwar nicht allein dem Universal= sondern auch dem Singular=Successor desselben möglich seyn. Mit diesem Grundsatz steht und fällt die neue Theorie, und daher fragt es sich, ob derselbe, so wahr er auch in thesi seyn mag, auch in hypothesi anwendbar sey, d. h. eine Anwendung auf Verhältnisse der vorliegenden Art zulasse. Was nun

1) die Universal=Succession betrifft, so wird freilich Niemand in Abrede stellen, daß was dem Erblasser als Eigenthümer möglich war, auch dem Erben desselben rechtlich möglich seyn müsse. Denn, vermöge der rechtlichen Fiction der *personae unitas* zwischen dem Erben und dessen Erblasser, bleibt das bisherige Schuld= und Pfandverhältniß ganz unverändert dasselbe, wie wenn kein Wechsel in der Person des Schuldners vorgefallen wäre. Der Erbe repräsentirt den verstorbenen Schuldner nach allen Seiten hin, succedirt mithin in dessen Verbindlichkeiten nicht anders, wie wenn er sie selbst contrahirt hätte. Daher muß er dem Pfandgläubiger desselben volle Befriedigung geben. Allein so wenig der Gläubiger verhindern konnte, daß sein vormaliger Schuldner, der jetzige Erblasser, nicht Andern ein besseres Pfandrecht an eben der Sache, die er ihm verpfändet hatte, bestellte: so wenig kann dieß auch der Gläubiger im Verhältniß zu seinem jetzigen Schuldner, dem Erben desselben hindern. Denn Erbe und Erblasser gelten juridisch als eine Person; was daher diesem möglich war, muß auch jenem rechtlich möglich seyn. Mag immerhin der Pfandgäubiger, rücksichtlich seiner Sicherheit, durch eine solche Handlung des Erben in Schaden und Nachtheil gerathen, so kann ihm doch nach der einmal bestehenden Fiction der *personae unitas* nicht geholfen werden, außer in so fern daß ihm der Erbe, wie wenn er der Erblasser selbst wäre,

persönlich für die Forderung verhaftet bleibt. Ganz anders verhält es sich

2) bei der Singular-Succession. Denn wenn der Eigenthümer eine verpfändete Sache einem andern titulo singulari überläßt, so besteht zwischen ihm und seinem Singularsuccessor keine *personae unitas*, vermöge deren der Pfandgläubiger sich eben dasselbe von diesem wie von jenem gefallen lassen müßte. Giebt es hier demnach keine unitas personae, so fällt damit nothwendig auch die obige Folgerung weg. Nur die Universal-Succession bewirkt, daß der Nachfolger zum Schuldner und Pfandschuldner des bisherigen Gläubigers wird, während der Singularsuccessor durch den Erwerb der verpfändeten Sache weder in ein Schuld- noch Pfandverhältniß zum bisherigen Gläubiger tritt. Daher braucht sich der Letztere im Verhältniß zum Singularsuccessor nicht gefallen zu lassen, was er sich im Verhältniß zum Universalsuccessor seines Schuldners gefallen lassen müßte. Doch dieß sind nur Andeutungen, welche erst späterhin ihre festere Begründung erhalten sollen.

3) Der Grundsatz, auf welchen sich die neue Theorie stützt, daß nämlich die Rechte des Vorgängers auch dem Singularsuccessor nicht abzusprechen seyen, ist nicht einmal ein zureichender Grundsatz, indem es Fälle giebt, auf welche er nicht anwendbar ist, diese mithin nach einem andern Grundsatz entschieden werden müßten. Denn soll dem Singularsuccessor ein eigentliches Recht zustehen, die jura quaesita des dritten Pfandgläubigers zu brechen: so läßt sich dieß nur unter der Voraussetzung denken, daß er nach dem Erwerb der verpfändeten Sache ein *factum* vornehme, durch welches dieß bewirkt wird, und dieses Factum kann nur in der Constituirung einer bessern Hypothek bestehen. Dann würde man mit Wahrheit sagen können, daß er die Rechte seines Vorgängers ausgeübt habe. Allein wie, wenn er dieß nicht gethan hat? wenn er also keine weitere Verpfän-

dung vornahm, sondern nur privilegirte Generalpfandgläubiger hatte, unter deren Hypothek die nachher erworbene Sache von selbst fiel? Dann kann man doch nicht sagen, daß er die Rechte seines Vorgängers ausgeübt habe, indem seine ganze Thätigkeit ja nur darin bestand, daß er die verpfändete Sache erwarb, und dieser Erwerb der Sache doch nicht zu den Rechten seines Vorgängers gezählt werden kann, welche mit dem Eigenthum auf ihn übergegangen sind.

4) Wenden wir ferner den allgemeinen Grundsatz: was dem Vorgänger möglich war, muß auch dessen Singularsuccessor rechtlich möglich seyn, in specie auf unsere vorliegenden Verhältnisse an: so sagt derselbe, um ehrlich zu sprechen und mit der Sache gerade heraus zu rücken, nichts anderes aus, als dieses: der Vorgänger konnte seinen Pfandgläubiger durch Constituirung einer besseren Hypothek doloser Weise um seine Sicherheit bringen, folglich muß diese Prellerei auch seinem Singularsuccessor rechtlich möglich seyn. Stellen wir die Sache so in ihrer Blöße dar, so dürfte bei dem Mangel eines ausdrücklichen Gesetzes, welches über unsere Frage entschiede, wohl nicht anzunehmen seyn, daß es in der Absicht des Gesetzgebers lag, auf diese Weise Betrug auf Betrug häufen zu wollen. Mag immerhin, nach der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung, die Sicherheit des Pfandgläubigers hauptsächlich auf der Ehrlichkeit seines Schuldners beruhen: so läßt sich doch daraus noch nicht folgern, daß die Gesetze seine Sicherheit außerdem noch von der Ehrlichkeit des Nachfolgers seines Schuldners im Eigenthum (des bloßen Singularsuccessors) abhängig machen wollten.

5) Die neue Theorie stellt aber auch die Sache nicht anders dar, als hätten die Gesetze durch Constituirung privilegirter Pfänder dem Schuldner ein wirkliches Recht ertheilen wollen, seine Gläubiger um ihre Sicherheit zu bringen, und daß dieses Recht eben daher auch dem

Singularsuccessor des Schuldners eingeräumt werden müsse. Freilich kann der Schuldner, da es nun einmal privilegirte Pfänder giebt, die Sicherheit seiner simpeln Pfandgläubiger vielfach vermindern, ja gänzlich vernichten. Allein dieß kann man doch nicht als ein eigentliches Recht ansehen, welches die Gesetze ihm übertragen wollten, und welches eben daher auch auf dessen Nachfolger im Eigenthum als Recht übergehen müsse. Die verminderte Sicherheit der älteren Pfandgläubiger ist vielmehr nur eine nothwendige Folge von der Begünstigung, welche die Gesetze aus besonderer Vorliebe gewissen Gläubigern angedeihen lassen, ohne daß sie damit dem Pfandschuldner ein übertragbares jus quaesitum, als Theil seines Vermögens einräumen wollten. Auch der ehrlichste Schuldner kann durch die Umstände genöthigt werden, wider seinen Willen die rechtliche Sicherheit seiner simpeln Pfandgläubiger zu gefährden, weil es privilegirte Legalpfänder giebt, welche ohne seine Willkühr entstehen. Allein so sehr auch dieser Nachtheil im Verhältniß des Gläubigers zu seinem Verpfänder Statt finden und unvermeidlich seyn mag: so folgt daraus noch nicht, daß dieß auch im Verhältniß des Gläubigers zu einer dritten Person, die gar nicht dessen Schuldner und Pfandschuldner ist, Statt finden müsse. Vielmehr gehören

6) die privilegirten Pfänder zu den *privilegiis odiosis*, weil sie von Recht und Unrecht nichts wissen, und müssen daher, wie Privilegien überhaupt, strict interpretirt werden, wenn die Frage entsteht, gegen wen sie geltend gemacht werden können. Wenn also Spangenberg sagt: kein Gesetz verordne, daß der Singularsuccessor in seinen Dispositionen durch die bereits zur Zeit der Erwerbung vorhandenen Rechte mehr beschränkt seyn solle, als es sein auctor gewesen sey: so glaube ich, daß, eben weil hier von einem Privilegium die Rede ist, gerade umgekehrt behauptet werden müsse: kein Gesetz bestimmt, daß die rechtliche

Sicherheit des Gläubigers auch noch von der Willkühr eines Dritten abhängig seyn solle und eben daher kann er unter den Handlungen desselben nicht leiden.

7) Giebt man aber auch zu, daß dem Pfandschuldner durch die Gesetze ein wirkliches Recht eingeräumt worden sey, die Sicherheit seiner älteren Gläubiger zu brechen, so kann dasselbe doch aus dem Grunde nicht auf den Singularsuccessor übergehen, weil sich nicht behaupten läßt, daß dieß Recht wirklich Theil des Eigenthumsrechts oder in demselben enthalten sey. In dem Eigenthumsrecht ist nur die Befugniß der Disposition überhaupt, nicht aber das Recht zum Nachtheil der jura quaesita eines Dritten zu verfügen, enthalten. Dem Verpfänder stand zwar frei, zum Nachtheil seiner älteren Gläubiger privilegirte Pfänder zu bestellen. Allein weder die Ertheilung eines solchen Privilegiums, noch die Vernichtung der Sicherheit der älteren Gläubiger hängt mit seinem Eigenthumsrecht an sich zusammen, und eben daher kann dieß Recht auch nicht, als integrirender Theil seines Eigenthums, auf seinen Singularsuccessor übergehen. Die aus der gesetzlichen Constituirung privilegirter Pfänder zwischen dem Verpfänder und dessen Gläubiger entspringenden Rechtsverhältnisse sind vielmehr rein persönliche Verhältnisse, welche eben daher auf den Erwerber der verpfändeten Sache nicht übergehen. Mit dem Eigenthumsrecht an sich haben sie nichts gemein, und daher kann man nicht mit Spangenberg von einmal daran klebenden Rechtsverhältnissen reden.

8) Zugestanden endlich, was auch nicht geläugnet werden kann, daß der Verpfänder die rechtliche Sicherheit seiner älteren Gläubiger vernichten konnte: so folgt ja daraus, daß er die verpfändete Sache einem Dritten veräußerte, so entschieden wie möglich, daß er von diesem s. g. Recht wirklich keinen Gebrauch gemacht hat, noch davon Gebrauch machen wollte. Soll nun der Singularsuccessor

wirklich thun dürfen, was seinem Vorgänger zwar möglich war, derselbe aber doch wirklich nicht gethan hat, noch thun wollte? Ist es nicht vielmehr bei weitem natürlicher, zu sagen: der Verpfänder hat die Sicherheit seiner Gläubiger als ehrlicher Mann nicht gebrochen, noch brechen wollen, und daher darf sich auch sein Nachfolger gegen dieselben nicht erlauben, was er, als ehrlicher Schuldner, nicht gethan hat, noch thun wollte.

Aus allen diesen Gründen scheint mir der Grundsatz, auf welchen sich die neue Theorie stützt, auf Verhältnisse der vorliegenden Art gar nicht anwendbar zu seyn. Wir begegnen ihr daher auf dieselbe Weise, wie sie der gemeinen Theorie und Praxis bebegnet, indem sie gegen dieselbe sich auf die Unanwendbarkeit des in thesi unbestreitbaren Grundsatzes: daß Niemand einem Andern mehr Rechte in einer Sache übertragen könnte, als ihm selber daran zustehe, auf Verhältnisse der vorliegenden Art beruft.

Doch dieß genügt noch nicht zur Sache. Es läßt sich vielmehr, wie ich glaube, die Richtigkeit der gemeinen Theorie außerdem noch auf andere Weise begründen, nur freilich auf andere Art, als bisher geschehen.

Juridische Beweise schmecken nicht selten nach Spitzfindigkeit. Allein deshalb sind und bleiben sie nicht minder wahr; vorausgesetzt nur — was sich von selbst versteht, und daher kaum bemerkt zu werden braucht, — daß sie in sich selbst auf rechtlichen Voraussetzungen gegründet sind. Dann liegt aber das Spitzfindige im Grunde nur in der Form, und nicht in der Sache, daher denn, der zugespitzten Form der Argumentation ungeachtet, die Resultate sich ganz einfach, ungezwungen und natürlich herausstellen.

Die Hauptfrage, von deren Erledigung mir die richtige Entscheidung unserer Controverse abzuhängen scheint, ist nämlich diese: wenn das Gesetz dem einen oder andern Pfandgläubiger des Gemeinschuldners ein Privile-

giums vor dem andern ertheilt, was sagt es damit? was setzt es in dieser Beziehung voraus?

Um diese Frage zu beantworten, bedarf es vorerst der Erledigung der untergeordneten Frage: was heißt ein Pfandgläubiger des Gemeinschuldners? was wird zum Daseyn desselben vorausgesetzt?

Auch diese Frage kann noch vereinfacht werden, wenn man einstweilen absieht von der Qualität des Gemeinschuldners, und nach den Erfordernissen des Pfandgläubigers eines Schuldners überhaupt fragt.

Wir heben natürlich mit der letzteren untergeordneten Frage, als der einfacheren, an, und gehen alsdann zu den zusammengesetzteren über. Auf diese Weise nähern wir uns zwar langsam, aber hoffentlich desto sicherer dem vorgesteckten Ziele.

Um Pfandgläubiger eines Schuldners zu seyn, wird zweierlei erfordert, eine Forderung, welche Jemanden wider ein bestimmtes Subject zusteht, und die Bestellung eines Pfandrechts für diese Forderung, es sey durch Vertrag, oder was demselben gleichsteht (Gesetz, richterliche Verfügung, Testament u. s. w.), an dem Vermögen des Schuldners. Denn das Pfandrecht, als bloßes accessorium, setzt eine obligatio principalis, oder ein persönlich verpflichtetes Subject voraus, welches durch die Bestellung des Pfandrechts an seinem Vermögen zugleich zum Pfandschuldner wird. Mithin haftet eine und dieselbe Person zugleich persönlich und dinglich (mit ihrem Vermögen).

Hieraus ergiebt sich die Erledigung der zweiten untergeordneten Frage schon von selbst. Pfandgläubiger eines Gemeinschuldners sind nämlich die mehreren Gläubiger eines und desselben Schuldners, denen das Vermögen desselben, wegen gewisser ihnen zustehender Forderungen, jure pignoris verhaftet ist. Der Gemeinschuldner ist den mehreren Gläubigern persönlich verpflichtet (denn ohne

obligatio principalis ist kein Pfandrecht denkbar), und zugleich wegen dieser persönlichen Forderungen, in Folge des bestellten Pfandrechts, mit seinem Vermögen verhaftet.

Hieraus folgt, daß wenn der Gemeinschuldner eine Sache erwirbt, welche der bisherige Eigenthümer schon vorher seinem Gläubiger verpfändet hatte, dieser dritte Pfandgläubiger dadurch noch nicht zum Pfandgläubiger des Gemeinschuldners wird, und eben daher auch nicht mit dessen privilegirten oder nicht privilegirten Gläubigern in Collision gerathen kann. Denn

1) der dritte Pfandgläubiger ist nicht persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners. Wäre dieß der Fall, könnte er verlangen, im Concurse desselben als chirographarischer Gläubiger, aus dessen übrigem Vermögen befriedigt zu werden, wenn das Pfand zur Tilgung seiner Forderung nicht ausreichen sollte. Allein dieß ist unmöglich. Denn er, als dritter Gläubiger, stand von Anfang an, in keinem Obligationsnexus mit dem Gemeinschuldner, sondern contrahirte mit seinem Schuldner, dem bisherigen Eigenthümer des Pfandes, und dieser bleibt ihm, des Wechsels des Eigenthums ungeachtet, noch fernerhin personlich obligirt.

2) Ist nun aber gewiß, daß der Gemeinschuldner nicht persönlicher Schuldner des dritten Gläubigers ist, so kann er eben daher, und noch um so weniger als dessen Pfandschuldner gelten. Denn ein Pfandnexus ohne vorgängige Hauptverbindlichkeit ist gar nicht denkbar, und an dieser fehlt es hier eben. Und wie sollte ferner der Gemeinschuldner, ohne daß er irgend eine Verpfändung vorgenommen hätte, zum Pfandschuldner des dritten Gläubigers werden können? Es widerspricht sich auf gleiche Weise, ein Pfandrecht für eine Nicht-Forderung, und ohne Bestellung desselben, anzunehmen.

Wir haben daher nur das Dilemma: entweder ist der dritte Pfandgläubiger wirklich Pfandgläubiger des Gemein-

schuldners — dann muß er sich in dessen Concurs einlassen, aber auch dessen persönlicher Gläubiger seyn, weil das Pfandrecht, als bloßes accessorium, ohne Vorhandenseyn einer obligatio principalis keinen Bestand hat; oder, er ist nicht persönlicher Gläubiger desselben — dann kann er auch nicht dessen Pfandgläubiger seyn, und braucht sich daher auch nicht in den Concurs desselben einzulassen. Da nun das Erste schlechthin zu läugnen ist, so kann nur das Letzte wahr seyn, und dieß sagt mit andern Worten aus: der dritte Pfandgläubiger ist im Verhältniß zum Gemeinschuldner Separatist. So wie nämlich der dritte Pfandgläubiger persönlicher Gläubiger seines Schuldners von Anfang war, und noch ist: so ist und bleibt er bis zur Tilgung seiner Forderung auch nur dessen und keines andern Pfandgläubiger. Denn Niemand sonst als sein Schuldner hat ihm das Pfandrecht bestellt, und dieses zwischen ihm und seinem Schuldner bestehende Pfandverhältniß wird durch die Übertragung der verpfändeten Sache an einen Dritten weder geändert, noch auf diesen übertragen.

Der Übergang des verpfändeten Objects in das Vermögen des Gemeinschuldners kann daher keine andere Wirkung haben, als die allgemein gemeinrechtliche — daß nämlich der dritte Pfandgläubiger, vermöge seines dinglichen Rechts, den Gemeinschuldner als dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache belangt, oder sein Pfandrecht gegen das Object, insofern dieses zufällig in den Besitz desselben gekommen ist, geltend macht, und sich als Mandatar seines Schuldners durch den Verkauf der Sache bezahlt macht. Daher ist gleichviel, ob der Gemeinschuldner selbst Pfandgläubiger, privilegirte oder nicht privilegirte, hat. Denn er macht sein Recht ja nicht gegen den Gemeinschuldner als Gemeinschuldner, d. h. als seinen (persönlichen und Pfand-) Schuldner, sondern als zufälligen Innehaber des verpfändeten Objects, geltend.

Man könnte vielleicht gegen diese bisherige Darstellung einwenden, daß keineswegs als wesentliche Bedingung eines Pfandverhältnisses erfordert werde, daß eine und dieselbe Person zugleich Schuldner und Pfandschuldner sey. Denn auch dritte Personen können für den Schuldner ein Pfandrecht an ihrem Vermögen bestellen. Mithin, so scheint es, giebt es wirklich ein Pfandrechtverhältniß, ohne daß der Pfandschuldner *principaliter* obligirt zu seyn brauchte. Allein darin wird nicht leicht Jemand die bloße Schein-Ausnahme verkennen. Denn der dritte Besteller des Pfandrechts ist ein wirklicher, wenn gleich nur accessorischer Schuldner. Er haftet nämlich als Realbürge mit seinem Vermögen oder mit einem Theile desselben. Ob er vorher die Hauptobligation intercedendo übernimmt, und für diese sodann ein Pfand bestellt, oder ob er sogleich und ohne Weiteres sich selbst zum Pfandschuldner bestellt, läuft insofern auf eins hinaus, als er in beiden Fällen auf gleiche Weise als Realbürge mit seinem Vermögen haftet. Wenn dagegen der Gemeinschuldner eine verpfändete Sache titulo singulari erwirbt, so wird er durch den bloßen Act des Erwerbs weder zum Schuldner noch zum Pfandschuldner, noch endlich zum Realbürgen des dritten Pfandgläubigers. Vielmehr bleibt der letztere, nach wie vor, Gläubiger und Pfandgläubiger seines Schuldners. Vermöge seines dinglichen Rechts setzt er sich nur in den Besitz des Pfandes, in was immer für eine Hand es auch gerathen seyn mag, also gleichviel ob in die Hand eines Schuldners oder Nicht-Schuldners.

Aus diesen gesetzlichen Erfordernissen, unter welchen Pfandgläubiger und Gemeinschuldner im Verhältniß zu einander stehend gedacht werden müssen, ergiebt sich die Beantwortung der letzten und Hauptfrage, von deren Erledigung die endliche Entscheidung unserer Controverse abhängt.

Wenn nämlich das Gesetz aus besonderer Vorliebe oder Begünstigung dem einen oder andern Pfandgläubiger des

Gemeinschuldners ein Privilegium vor dem andern ertheilt, so sagt es damit nur dieses: von den wirklichen Gläubigern und Pfandgläubigern des Gemeinschuldners soll, ohne Rücksicht auf das Alter des Pfandrechts, der eine dem andern vorgezogen werden. Der so Begünstigte kann also sein Vorzugsrecht nur gegen diejenigen geltend machen, die wirklich und zugleich Pfandgläubiger des Gemeinschuldners sind. Von diesen ist aber nach dem Obigen der dritte Pfandgläubiger ausgeschlossen, indem er als Mandatar seines Schuldners, sich durch den Verkauf des Pfandes bezahlt macht. Als Nicht-Pfandgläubiger des Gemeinschuldners können ihm daher die Privilegien der wirklichen Pfandgläubiger desselben nicht schaden; vielmehr setzt er sich als hypothecarischer Gläubiger nur in den Besitz des Pfandes, bei wem es sich auch findet, und belangt daher den Gemeinschuldner nur insofern, als dieser der zufällige Innehaber desselben ist, welches eben so gut jeder Andere seyn könnte.

Der Gemeinschuldner hat zudem die Sache mit dem darauf lastenden Pfandrecht erworben, und kann, als bloßer Singular-Successor, nach der obigen Ausführung die *jura quaesita* des dritten Pfandgläubigers nicht willkührlich vernichten. Insofern kommt daher hier allerdings der Grundsatz: nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet, zur Anwendung; und da die privilegirten Pfandgläubiger des Gemeinschuldners nur Repräsentanten desselben sind, so können sie sich auch nicht mehr Recht zuschreiben, als ihrem Schuldner an der verpfändeten Sache zustand.

Unser Resultat ist demnach dieses: die privilegirten Pfandgläubiger haben gesetzlich nur ein Vorzugsrecht vor ihren Mitgläubigern, d. h. vor denjenigen, die wirklich Gläubiger und zugleich Pfandgläubiger ihres (gemeinschaftlichen) Schuldners sind. Weiter kann sich ihr Privilegium nach der Natur des Pfandverhältnisses nicht erstrecken, und da es ferner kein Gesetz giebt, welches ihnen ein Vorzugsrecht auch vor dem dritten Pfandgläubiger einräumte, so muß dieß

auch schon nach der bekannten Regel: daß Privilegien strict zu interpretiren sind, geläugnet werden.

Dehnt man nun aber die Rechte der privilegirten Pfandgläubiger nicht über die Gebühr aus, und weiß man gegen wen sie ihr Vorrecht allein geltend machen können: so hat es wohl kein Bedenken mit der Richtigkeit der gemeinen Theorie, der auch seither fast überall die Praxis gefolgt ist. Mithin besteht der Satz, daß dem dritten Pfandgläubiger im Verhältniß zum Gemeinschuldner ein Separationsrecht zustehe, sehr wohl mit jeder Gesetzgebung, die privilegirte Pfänder anerkennt.

Auch Mackeldey a. a. O. führt als Grund für das Separationsrecht des dritten Pfandgläubigers mit Recht an, daß er sich deshalb nicht in den Concurs einzulassen brauche, weil er gar nicht Gläubiger des Gemeinschuldners sey. Eine Ausnahme trete nur ein, wenn er bei der Übertragung der Sache an den Gemeinschuldner nicht selbst durch Novation zugleich auch persönlicher Gläubiger des letzteren in Ansehung der Schuld, für welche die Sache als Pfand hafte, geworden sey. Denn dann müsse er sich allerdings wie jeder andere persönliche Pfandgläubiger des Gemeinschuldners in den Concurs einlassen, und wäre wie jeder andere Pfandgläubiger desselben zu behandeln.

Dieß ist indeß nicht der alleinige Grund, aus welchem die gemeine Theorie und Praxis sich rechtfertigen läßt, vielmehr kommen dazu noch die schon oben entwickelten Gründe, welche hier indeß keiner Wiederholung bedürfen. Ich glaube in dieser Beziehung nur auf meine obige Darstellung verweisen zu dürfen, und bemerke schließlich nur noch, daß aller etwaigen Spitzfindigkeit der Argumentation ungeachtet, das Resultat der geführten Untersuchung doch so einfach und natürlich wie möglich heraustritt, und sich schon dadurch empfiehlt, daß es dem gesunden Gefühl des Rechts und der Billigkeit in jeder Hinsicht entspricht, wiewohl dieß an und für sich nicht beweisend ist.

IV.

Ueber die bei der Testamentserrichtung zu beobachtende Einheit des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes.

Von Marezoll.

§. 1.

Einleitung.

So allgemein auch unter den zur Errichtung eines s. g. Privattestamentes im neueren römischen Rechte vorgeschriebenen Formalitäten eine gewisse Einheit des Testirens, bald unitas actus, bald unitas actus et temporis benannt, erwähnt wird, so möchten doch manche diesen Punct betreffenden, practisch nicht unwichtigen Fragen, noch einer wiederholten Erörterung bedürfen. Ja! es scheint sogar, daß bisher eine Art der zu beobachtenden Einheit dabei ganz übersehen worden ist. Eine solche Revision dieses speciellen Punctes, also nicht der ganzen Lehre von der Errichtung eines s. g. Privattestamentes, wird hier bezweckt.

Da sich nun die gesetzlich vorgeschriebene Einheit des Testirens auf vier verschiedene Verhältnisse bezieht, und erst durch ihre genaue Sonderung das Wesen jeder einzelnen Einheit recht scharf hervortritt, so soll von jeder dieser vier Einheiten, der des Ortes, des Tages, der Zeit und des Rechtsactes besonders gehandelt werden. Die einzelnen Beschrän-

kungen und Ausnahmen, welche diese gesetzlichen Vorschriften leiden, werden am zweckmäßigsten nachfolgen, weil manche derselben sich nicht blos auf eine, sondern auf mehrere Arten der Einheit beziehen, und dadurch unnöthige Wiederholungen vermieden werden.

§. 2.

Von der Einheit des Ortes.

Dieser Punct hat im Allgemeinen am wenigsten Schwierigkeit und ist daher mehr theils bloß zur Vollständigkeit, wegen seines Zusammenhanges mit dem Übrigen, theils wegen einer nicht unbedeutenden Streitfrage, welche sich daran knüpft, schärfer hervorzuheben.

Es müssen nämlich sämmtliche rogirte Zeugen mit dem Testirer an einem und demselben Orte, zum Zwecke des Testirens, versammelt sein und während des ganzen Testiractes versammelt bleiben. Der jetzt dafür gewöhnliche Ausdruck *unitas loci* kommt in unsern Rechtsquellen nicht vor, wohl aber finden sich folgende Umschreibungen, von denen freilich manche weit mehr, als das bloße Versammeltsein an demselben Orte, bezeichnen: *uno eodemque loco* 1) — *cuncti ibidem collecti* 2) — *praesentibus septem testibus* 3) — *testes sub praesentia testatoris* — *testes coram testatore* 4) — *testes in conspectu testatoris* 5) — *testator sub obtutu septem testium* 6) — *testes sub obtutibus testatoris* 7) — *ut testator praesentes videat subscrip-*

1) c. 8. C. 6, 22.

2) c. 8. cit. c 21. §. 2. C. 6, 23.

3) c. 8. cit.

4) c. 12. C 6, 23.

5) c. 9. C. 6, 23.

6) c. 8. C. 6, 22.

7) Nov. Valent. de testam. §. 4. (Jus civ. antej. ed. Hugo Novv. Val. Lib. II. Tit. 21. nov. 64.)

tores [1]) — alle und jede Zeugen an einer Statt [2]) — so sie alle bei einander versammelt sind [3]).

Allerdings hängt diese Einheit des Ortes, wenigstens mittelbar, zusammen mit der Möglichkeit oder Unmöglichkeit des Sehens und Gesehenwerdens von Seiten des Testirers und der Zeugen. Denn zum Theil mit durch die Localität wird die Möglichkeit des Sehens und Gesehenwerdens bedingt. Darauf beziehen sich auch die oben erwähnten Ausdrücke: *in conspectu, obtutu testatoris vel testium.* Allein dennoch fällt beides nicht ganz und unbedingt zusammen.

Es fragt sich nämlich erstens, ob überall, wo die Zeugen und der Testirer sich, der Localität nach, wirklich sehen, oder wenigstens möglicherweise sehen könnten, die gesetzlich vorgeschriebene Einheit des Ortes als gewahrt betrachtet werden könne. Dieses ist zu verneinen. Denn *ibidem, uno eodemque loco collecti*, bei einander und an derselben Stätte versammelt sind, sowohl nach dem natürlichen Begriffe, als nach der grammatischen Bedeutung und nach dem Geiste des Gesetzes, nur diejenigen, welche in einem und demselben Locale, das auf dem gewöhnlichen Wege eine ganz freie, ungehinderte und offene Communication der Personen untereinander zuläßt, vereinigt sind, welche also, wenn sie nur sonst die dazu nöthigen Sinne haben, sich ungehindert wahrnehmen, einander nähern, mit einander sprechen, sich sehen, berühren können u. s. w. Nun ist es aber sehr wohl möglich, daß Personen, welche, der Localität nach, nicht im Stande sind, in der angegebenen Art frei und ungehindert mit einander zu verkehren, dennoch sich sehen können, oder auch wirklich sich sehen. So z. B. wenn wir aus einem gegenüber liegenden Hause einem Andern in

1) c. 3. §. 2. Cod. Theod. de testam.

2) R. O. v. J. 1512. Tit. von Testam. §. 9.

3) R. O. a. a. O. §. 7.

das Fenster, in das Zimmer sehen und alle seine Handlungen genau beobachten können; oder wenn mehrere Personen, die in verschiedenen Zimmern, deren freie Communication, sei es durch Wände ohne Thüren, oder durch verschlossene Thüren, gehemmt ist, sich befinden, dennoch auf ungewöhnlichem Wege, etwa durch das Schlüsselloch oder durch eine zufällige Ritze in der Wand, sich sehen und beobachten können, oder gar wirklich sehen und beobachten, vielleicht sogar wechselseitig sich beobachten.

Umgekehrt leidet es keinen gegründeten Zweifel, daß die Einheit des Ortes nicht nothwendig und immer gestört wird durch Vertheilung der Personen in ursprünglich verschiedene Locale, die aber im concreten Falle auf eine natürliche, zweckgemäße Weise so mit einander in Verbindung gebracht sind, daß sie eine durchaus freie und ungehinderte Communication der Personen mit einander zulassen. So z. B. wenn der Testirer in einem vielleicht ganz kleinen Cabinette zu Bette liegt, die Zeugen aber in der Nebenstube, bei offener Thüre, versammelt sind, oder, wenn die Zeugen, wegen der Enge und Beschränktheit des Raumes, sich zum Theil in demselben Zimmer mit dem Testirer, zum Theil in dem durch offene Thüren mit demselben in unmittelbarer Verbindung stehenden Nebenzimmer befinden. Nur freilich ist nicht zu läugnen, daß die Grenzen, wie weit das gehe, sich nicht im Allgemeinen angeben lassen, vieles also dabei der vernünftigen Beurtheilung des einzelnen Falles und seiner Umstände überlassen bleibt. Auch versteht es sich von selbst, daß immer die Localität die sein muß, daß der Testirer die in die verschiedenen Zimmer vertheilten Zeugen sämmtlich von dem Orte aus, wo er sich befindet, nöthigen Falles übersehen kann. Das hängt zusammen mit folgender andern Untersuchung.

Es fragt sich nämlich zweitens, ob es ein wesentliches Erforderniß zur Gültigkeit des Testamentes sei, daß die versammelten Zeugen und der Testirer sich wirklich wechselseitig,

oder wenigstens der Testirer die Zeugen, oder die letzteren den Testirer sehen. Mit der s. g. *unitas loci* hängt das wieder eigentlich nicht zunächst zusammen. Denn es ist sehr wohl möglich, daß die Zeugen und der Testirer in dem oben angegebenen Sinne *uno eodemque loco*, *ibidem* versammelt sind, ohne sich zu sehen. Das ist der Fall, wenn der Testirer, oder die Zeugen blind sind.

Die Beantwortung der Frage, ob der Testirer nothwendig die Zeugen sehen müsse, ob also auch ein Blinder ein Testament errichten könne, hat keine Schwierigkeit. Denn schon nach älterem Rechte durfte der Blinde ein Testament per aes et libram errichten [1]). Als sich unter der späteren Kaiserregierung die neuen Testamentsformen gebildet hatten, scheint es zwar eine Zeit lang zweifelhaft gewesen zu sein, ob und wie der Blinde danach testiren könne; allein Justin [2]) erlaubte ihm ausdrücklich die Errichtung eines Testamentes, jedoch nur eines mündlichen [3]) Testamentes und nur unter Beobachtung mancher besonderen Formalitäten.

Dagegen ist schon seit den Glossatoren viel darüber gestritten worden, ob Blinde fähige Testamentszeugen seien. Daß der Blinde bei einem schriftlichen Testamente nicht als Zeuge fungiren kann, wird wohl allgemein anerkannt, weil er, in Gefolge seiner Blindheit, nicht im Stande ist, das zu verrichten, was zu den Obliegenheiten eines Zeugen bei dem schriftlichen Testamente gehört, nämlich die Urkunde, welche der Testirer, als seinen wirklichen letzten Willen enthaltend, vorzeigt, zu erkennen, ferner zu sehen, wie der Testirer sie unterschreibt, sodann selber sie zu unterschreiben

1) „Coecus testamentum facere potest, quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes." Paul. Rec. sent. lib. 3. tit. 4. §. 4.

2) c. 8. C. 6, 22.

3) Meine Abhandlung in Grolman und Löhr Mag. B. 4. H. 2. XI. 3.

und zu siegeln, endlich auch späterhin die Siegel und Unterschriften zu recognosciren. Dieser natürliche Grund der Unfähigkeit fällt aber weg bei dem mündlichen Testamente, wobei die Functionen der zugezogenen Zeugen in nichts bestehen, was zunächst und wesentlich den Gebrauch des Gesichtssinnes voraussetzt. Dennoch fehlt es noch heut zu Tage nicht an Rechtsgelehrten, welche unbedingt, auch bei mündlichen Testamenten, den Blinden für einen unfähigen Zeugen erklären [1]). So viel auch bisher zur Widerlegung dieser allerdings irrigen Ansicht geschrieben worden ist [2]), so scheint es doch, daß man einige Hauptargumente dabei übersehen hat, und daher ist wohl eine kurze Prüfung jener Ansicht, mit Hervorhebung jener Argumente, nicht am unrechten Orte.

Sollte der Blinde auch da, wo er nichts zu schreiben hat, als unfähiger Testamentszeuge gelten, so müßte der Grund entweder in einer gesetzlichen Vorschrift liegen, welche ihn ausdrücklich ausschließt, oder in dem sonstigen natürlichen Verhältnisse der Sache. Aber keines von beiden ist der Fall.

Während uns auf das Bestimmteste gesagt wird, daß der Taube und Stumme, wegen des ihnen mangelnden Sinnes, keine fähigen Testamentszeugen sind [3]), wird uns ein Gleiches von dem Blinden nicht gesagt. Nur indirect

---

1) Z. B. Koch Diss. de conspectu testator. ad L. 9. C. de testam. Giess. 1755. wo auch die ältere Literatur der Controverse zu finden ist. Hofacker Princip. §. 1263. Muehlenbruch Doctr. Pand. §. 476. Seuffert Lehrb. des prakt. Pand. Rechts. §. 524. Wüstemann Uebersetzung des Theophilus in der Note 6. zu §. 6. J. 2, 10.

2) Besonders D. W. Mathias Diss. de testimonio coeci et surdi in testam. Erf. 1693. Chr. Aug. Laubigk (Praes. A. F. Schott) Diss. de coeco idoneo in test. fact. teste. Lips. 1773. G. H. Lehr Ueber die Frage: ob ein Blinder bei Testamenten Zeuge sein könne? (in Hagemann und Günther Archiv für die theor. und practische Rechtsgelehrs. B. V. Nr. 10.)

3) §. 6 J. 2, 10.

soll die Ausschließung des Blinden liegen in der gesetzlichen Vorschrift der Kaiser Diocletian und Maximian [1]), daß die Zeugen *in conspectu testatoris* testimoniorum officio fungi müßten. Denn das erklärt man dann so, daß die rogirten Zeugen, während des Testiractes, den Testirer sehen müßten. Nun kann freilich grammatisch dieses der Sinn jener Worte sein, indem die Redensart: *in conspectu alicujus esse* sowohl activ als passiv gebraucht wird und in der doppelten Bedeutung vorkommt [2]). Allein daß jene Worte in dem Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian nicht den Sinn haben, es müßten die Zeugen den Testirer sehen, sondern vielmehr den, es müsse der Testirer die Zeugen im Auge und Angesichte haben, daß läßt sich auf das evidenteste nachweisen.

1) Wir haben eine Constitution von Arcadius und Honorius, worin dasjenige Requisit, welches anderswo bezeichnet ist, durch die Worte: *testes in conspectu testatoris testimoniorum officio fungi debent*, so umschrieben wird: es müsse der Testirer die Zeugen, während dem sie als solche fungiren und unterschreiben, sehen und im Auge behalten.

[3]) Impp. Arcad. et Honor. A. A. Aeternali Proc. Asiae. „Nec enim novum promulgamus, sed Divi Constantini sanctionen et inclytae recordationis sententiam patris serenitatis nostrae, nostraque super hujusmodi causa, quae sunt ex antiquioribus propagata, secuti decreta, statuimus, iis, qui extremas ordinant voluntates, haec esse servanda, *ut et praesentes videant subscriptores*, et ii cur venerint, non ignorent, etiamsi iisdem scripturae continentia non fuerit intimata."

---

1) c. 9. C. 6, 23.

2) Koch c. l. p. 6 sqq. vergl. mit Schott c. l. pag. 18 sqq.

3) c. 3. §. 2. Cod. Theod. de test. (4, 4.).

Während von den Zeugen nur verlangt wird, daß sie gehörig rogirt seien, wird von den Testirern als etwas wesentliches verlangt, *ut praesentes videant subscriptores.* Es steht diese Stelle, welche, so viel mir bekannt, bisher zu diesem Zwecke noch gar nicht benutzt worden ist, zwar nur im Codex Theodosianus und ist in den Codex Justinianeus nicht übergegangen. Allein nichts destoweniger enthält sie die unzweideutigste Erklärung des: *in conspectu testatoris* esse. Wenn nun in andern Stellen das, was dort von Arcadius und Honorius specieller ausgedrückt ist, durch die Worte: *ut testator praesentes videat subscriptores*, kürzer und allgemeiner gegeben wird durch die Redensarten: testes *coram testatore* [1]), — testes *sub praesentia testatoris*, so liegt darin kein Widerspruch. Denn es ist immer dasselbe, nur nicht so scharf und bestimmt hervorgehoben, indem in allen diesen Stellen von einem nicht blinden Testirer die Rede ist und dieser, wenn er mit den Zeugen auf die oben beschriebene Weise, der Localität nach, vereinigt ist, fast nothwendig die Zeugen bei ihren Functionen sieht. Daher können diese Stellen nicht dazu benutzt werden, um zu beweisen [2]), daß die Redensart: *testes in conspectu testatoris* blos und allein auf das Zusammensein des Testirers und der Zeugen zu beziehen sei, und nur dieses Requisit andeute. Es ist auch eine an sich sehr vernünftige und natürliche Vorschrift, daß der Testirer die Zeugen bei dem Signiren und Unterschreiben der Urkunde sehen und im Auge haben müsse, weil hier alles darauf ankommt, daß die rechte Urkunde, welche wirklich den letzten Willen des Testirers enthält, signirt werde. Übrigens hat das nicht den Sinn, als ob der Testirer alle Zeugen während des ganzen Testiractes unverwandt an- und überblicken müsse, sondern nur den, daß jeder Zeuge, wenn ihn die

---

1) c. 12. C. 6, 23.

2) Das scheint Koch c. l. zu thun.

Reihe trifft, vor den Augen des Testirers unterschreiben und siegeln solle. Es reicht also z. B. wenn der Testirer, welcher im Bette hinter einem Schirme liegt, die im Hintergrunde stehenden oder sitzenden Zeugen einen nach dem Andern an sein Bett, wo auf dem Tische die Testamentsurkunde liegt, treten und dort vor seinen Augen unterschreiben und siegeln läßt.

2) Zu demselben Resultate führt, auch ganz abgesehen von dem bisherigen Argumente, eine genauere Erklärung der Hauptstelle, auf welche sich die Gegner schon seit Baldus berufen.

[1]) Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Patrocliae. „Si non speciali privilegio patriae tuae juris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo jure testamentum valet.“

Daß hier von einem schriftlichen Testamente die Rede ist, beweist der ganze Zusammenhang und die Fassung der Worte. Denn der Ausdruck: *testimoniorum officio fungi* wird gerade von dem *signare* der Zeugen gebraucht [2]). So erklären die Stelle auch die Basiliken [3]):

ἐὰν οἱ μάρτυρες μὴ ἐπ᾽ ὄψεσι τȣ̃ διατιθεμένȣ σφραγίσωσι την διαθήκην, ἄχρηστός ἐστιν. ἐι μὴ ἄρα προνόμιον ἰδικόν ἐστιν ἐν ἐκείνῃ τῇ πόλει, ὥστε μὴ ἐπ᾽ ὄψεσι τȣ̃ διατιθεμένȣ τας σφραγίδας ἐπιτίθεσθαι.

Nach Fabrot:

„Si testes non in conspectu testatoris signaverint testamentum, inutile est: nisi speciale privilegium sit in ea civitate, ut testes in conspectu testatoris sigilla non imponant.“

---

1) c. 9. C. 6, 23.

2) Dion. Gothofr. ad c. 9. cit. 35. Eclog. 2. c. 7.

3) Tom. IV. pag. 774.

Wenn nun aber verordnet wird, daß die Zeugen die schriftliche Testamentsurkunde in conspectu testatoris signiren sollen, so kann doch vernünftigerweise das nur den Sinn haben, die Zeugen sollten vor den Augen des Testirers signiren; nicht aber den, die Zeugen müßten während ihres Signirens den Testirer sehen! Gerade deshalb war es gar nicht möglich, daß ein Blinder schriftlich testirte, indem das Signiren von Seiten der Zeugen nicht vor seinen Augen geschehen kann. Eben darum wird ihm von Justin nur die Errichtung eines mündlichen Testamentes gestattet. Am allerwenigsten läßt sich aus jener Stelle schließen, daß ein Blinder nicht Testamentszeuge sein könne, indem es sich schon von selbst versteht, daß der Blinde nicht signiren und unterschreiben kann.

3) In *obtutu* alicujus esse und in *conspectu* alicujus esse, ist grammatisch einerlei [1]). Nun haben wir eine Stelle, wo von dem die Rede ist, was unter Umständen *in obtutu septem testium* geschehen soll [2]). Das ist nämlich die besondere Solennität bei dem Testamente eines Blinden. Daher kann dort der Ausdruck in obtutu *septem testium* unmöglich heißen, der Testirer müsse etwas bestimmtes sehen, sondern die Zeugen müßten es sehen. Wenn nun aber der Ausdruck: *testator* in conspectu s. obtutu *testium* den Umstand bezeichnet, daß die Zeugen etwas sehen, daß etwas vor den Augen der Zeugen geschehen soll, so muß nothwendig die Redensart: *testes* in conspectu s. obtutu *testatoris* den Umstand bezeichnen, daß der Testirer etwas sehen, daß etwas vor den Augen des Testirers vor sich gehn soll. Denn das bringen die richtig angewendeten Regeln der Sprache mit sich.

---

1) Nov. Valent. de testam. (Hugo Jus civ. antej. Novv. Val. Lib. II. tit. 21. Nov. 64. §. 4.)

2) c. 8. C. 6, 22. Vergleiche am Schlusse der Constitution die Worte: „tot oculis spectata".

4) Es liegt auch in der Natur der Sache durchaus kein Grund, der uns zu der Annahme nöthigt, daß kein Blinder bei dem mündlichen Testamente als Zeuge fungiren könne. Denn, so wie das Wesen der Solennität von Seiten der zuzuziehenden Zeugen bei dem schriftlichen Testamente auf dem Unterschreiben und Siegeln der Testamentsurkunde beruht, also freilich zu diesem Zwecke sehende Zeugen voraussetzt, auch wenn das nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist: eben so beruht das Wesentliche bei der Solennität eines mündlichen Testamentes von Seiten der Zeugen darauf, daß dieselben den vom Testirer mündlich ausgesprochenen Inhalt des letzten Willens hören [1]), setzt also zu diesem Zwecke zunächst nur des Hörens fähige Zeugen voraus. Die Hauptconstitution über das mündliche Testament [2]) erwähnt daher auch den Umstand, daß die Zeugen den Testirer sehen müßten, mit keinem Worte und keine einzige Wendung dabei weißt auf ein solches Requisit zurück. Aus der allgemein gesetzlich vorgeschriebenen Einheit des Ortes läßt sich dasselbe auch nicht ableiten. Denn diese besteht zwar zum Theil mit darin, daß, der Localität nach, den Zeugen die Möglichkeit gegeben werde, den Testirer bei dem Testiracte wahrzunehmen, nicht aber darin, daß die Zeugen auch die persönlichen Eigenschaften haben, um bei der durch die Localität gegebenen Möglichkeit des Sehens, auch wirklich sehn zu können. Auch zu dem mündlichen Testamente des Blinden wird ja verlangt, daß der Testirer und die Zeugen cuncti *ibidem*

1) c. 21. §. 2. C. 6, 23.

„Per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptura testamenta non alias valere sancimus, quam si septem testes, (ut supra dictum est) uno eodemque loco collecti testatoris voluntatem, ut testamentum sine scriptura facientis, audierint."

2) c. 26. C. 6, 23.

collecti sind, es bringt es ferner diese vorgeschriebene Einheit des Ortes mit sich, daß, der Localität nach, dem Testirer die Möglichkeit gegeben sei, die Zeugen zu sehen, und doch ist es hier ausgemacht, daß der Testirer die Zeugen nicht sieht.

Zwar hat man sich wohl darauf berufen, es müsse schon deßhalb der Blinde als unfähiger Testamentszeuge erscheinen, weil er nicht im Stande sei, sich von der Identität der Person des Testirers zu überzeugen. Allein, abgesehen davon, daß auch ein Blinder, wenn er nur sonst den Testirer vorher genauer gekannt hat, durch den Gebrauch seiner übrigen Sinne sich von dessen Personenidentität überzeugen kann, so wird jener Einwurf schon dadurch beseitigt, daß es in der That gar nicht Sache und Pflicht der Testamentszeugen ist, sich von der Identität der Person des sie rogirenden Testirers zu überzeugen. Wäre das der Fall, so könnten auch nur solche, welche den Testirer vorher persönlich gekannt haben, non ignoti zu Testamentszeugen gebraucht werden. Aber das bestimmt kein Gesetz [1]) und wird auch nirgends beobachtet, so wie es auch gar nicht beobachtet werden kann. So z. B. wenn ein durchreisender Fremder, welcher an dem Orte, wo er erkrankt und testiren will, gar keine persönliche Bekannte hat. Daß die gewöhnlichen Testamentszeugen nicht persönliche Bekannte des Testirers zu sein brauchen, geht schon daraus hervor, daß erst Justinian in einer späteren Novelle als etwas besonderes vorschreibt, die Zeugen, welche von den Schriftunkundigen bei der schriftlichen Abschließung von Verträgen zuzuziehen sind, dürften keine *ignoti contrahentibus* sein [2]). Nun ist es zwar möglich, daß hinterdrein ein Streit über die Identität der Person des Testirers, nach dessen Tode, entsteht. Allein dieser Streit und Zweifel ist dann auf die gewöhnliche Weise und durch die gewöhnlichen

1) A. M. ist Voet Comm. ad Dig. Lib. XXVIII. tit. 1. §. 24. aber, in Rücksicht des gemeinen Rechtes, ohne Grund.

2) Nov. 73. cap. 8.

Mittel zu heben. Es verhält sich damit gerade so, wie mit so manchen andern möglicherweise entstehenden Zweifeln, z. B. über die Testirfähigkeit des Testirers, über welche unter Umständen freilich die Aussagen der zugezogenen Testamentszeugen entscheiden und als Beweismittel gelten können, z. B. darüber, ob der Erblasser damals, wie er testirte, bei Verstande war, oder nicht. Aber deßhalb läßt es sich doch nicht behaupten, daß es zu den Obliegenheiten der Zeugen, bei ihrer Zuziehung gehöre, auf Entfernung dieser Zweifel im Voraus hinzuarbeiten, und daß deßhalb die Zeugen alle persönliche Eigenschaften, welche zur Entfernung solcher Zweifel nothwendig sind, in sich vereinigen müßten. Ein vorsichtiger Testirer wird allerdings sich bemühen, bekannte und sichere Leute als Zeugen bei seinem Testamente zuzuziehn, um manchen künftigen Unannehmlichkeiten, die sein Testament treffen könnten, vorzubeugen. Allein es ist dasjenige, was Vorsicht und Klugheit dem Testirer rathet, nicht zu verwechseln mit den gesetzlich vorgeschriebenen Solennitäten des Testamentes. Dadurch erledigt sich denn auch von selbst der Einwand, den man gegen den Blinden daraus entlehnt hat, daß man den Fall auf die Spitze stellte und fragte: ob auch vor lauter, also vor sieben blinden Zeugen mündlich testirt werden könne [1]. Die Frage ist allerdings zu bejahen; denn das verlangt die Consequenz. Unverkennbar ist übrigens die Casuistik darin und mit demselben Rechte könnte man fragen, ob ein mündliches Testament, was vor sieben ungewöhnlich dummen, vergeßlichen, leichtsinnigen Zeugen, die aber doch weder zu den Wahnsinnigen, noch zu den Blödsinnigen zu zählen sind, errichtet ist, Gültigkeit habe. Auch solche Personen sind nämlich nicht von dem Gesetze für unfähige Zeugen erklärt, obgleich nicht zu läugnen ist, daß der Testirer bei ihrer Zuziehung etwas für sein

1) Koch c. l.

Testament risquirt. Denn wie leicht können sie den Inhalt des ihnen mündlich eröffneten letzten Willens bei ihrer Dummheit mißverstehen, oder bei ihrer Vergeßlichkeit wieder vergessen?

Das Resultat der bisherigen Untersuchung wäre also: daß auch Blinde bei mündlichen Testamenten gültige Zeugen abgeben. Nur das mündliche Testament des Blinden macht davon eine Ausnahme, theils weil es, obgleich es im wesentlichen ein mündliches bleibt, doch noch daneben von Seiten der Zeugen Functionen erfordert, die nur von Sehenden übernommen werden können, theils weil Justin ausdrücklich vorschreibt, daß dasjenige, was dabei vorgeht, vor den Augen der Zeugen, *sub obtutu septem testium — tot oculis spectata*[1]) vor sich gehen solle. Allein gerade der Umstand, daß dieses hier besonders hervorgehoben wird, beweist wohl mit, daß es bei den mündlichen Testamenten sehender Personen nichts wesentliches ist. Auch erklärt sich das sehr einfach und natürlich. Der sehende Testirer kann und soll selber dafür sorgen, daß alles bei dem Testiren ordentlich und gehörig vor sich gehe, es ist daher genug, wenn alles vor seinen Augen geschieht. Dagegen der blinde Testirer kann das nicht so, und darum ist es nothwendig, daß die Zeugen statt seiner sehen, und also alles vor ihren Augen vor sich geht.

Ganz auf dieselbe Weise beantwortet sich eine andere, mit der bisherigen verwandte Frage, nämlich die, ob es wesentlich nothwendig sei, daß sämmtliche Zeugen, auch wenn sie, ihren Sinneswerkzeugen nach, sehen können, während des ganzen Testiractes immer den Testirer im Auge behalten und fortwährend wirklich sehen. Daß die Localität ihnen im Allgemeinen die Möglichkeit den Testirer zu sehen, gewähren müsse, geht zwar aus dem Obigen schon hervor. Allein daraus folgt noch jenes andere nicht. Denn nirgends ist das gesetzlich vorgeschrieben, weder direct, noch indirect

---

1) c. 8. C. 6, 22.

durch die angeordnete Einheit des Ortes. Auch wenn der kranke Testirer etwa im Bette hinter einer spanischen Wand liegen sollte, weil er gegen Zug, oder den Schein des Lichtes bewahrt werden muß, oder wenn einige Zeugen bei dem Testiracte selbst so stehen oder sitzen, daß sie den Testirer zufälligerweise nicht sehen können, so sind dennoch troß dem Testirer und Zeugen *ibidem*, *uno eodemque loco collecti*, so wie die Zeugen, nach der obigen Erklärung, *in conspectu testatoris*. Nur bei dem Testamente des Blinden tritt die oben erwähnte Modification ein, in Rücksicht desjenigen, was gerade *sub obtutu testium* geschehen muß.

§. 3.

Von der Einheit der Zeit und insbesondere auch des Tages.

Um das Wesen dieser Einheit richtig zu würdigen, ist es nothwendig, mit der Interpretation einiger früherer kaiserlicher Constitutionen anzufangen.

Vor Valentinian III. und Theodos II. mußte nicht blos die eigentliche Solennisirung des schriftlichen Testamentes durch Unterschreiben und Signiren der Urkunde von Seiten der Zeugen, *uno tempore et contextu* geschehen, sondern es war auch strenge Vorschrift, daß das Schreiben der Testamentsurkunde selbst *sub unius diei spatio* begonnen und vollendet werden mußte. Dieses letztere Requisit hob Valentinian III. für den Occident, Theodos II. für den Orient auf. Es soll die Testamentsurkunde auch an verschiedenen Tagen geschrieben, angefangen und vollendet werden dürfen. Dagegen wurde außerdem folgendes verordnet.

1) Für den Occident: es genüge schon, daß die eigentliche Solennisirung des Testaments durch subscribere und signare von Seiten der Zeugen an demselben Tage, *uno die*, *sub unius diei spatio*, wenn auch nicht *eodem tempore*, nicht ununterbrochen, sondern an verschiedenen Stunden desselben Tages, *horis diversis* geschehe.

[1]) Impp. Theodosius et Valentinianus A. A. Albino P. P. II. et patricio.

§. 3. „Necessitatem quoque praecipitem submovemus, quae testatores hactenus compulit, *sub unius diei spatio* supremum festinato nimis ordiri et implere judicium. Quibus nos licentiam tempusque largimur, ut voluntatem, quam de rebus propriis mente conceperint, frequenter scribant, frequenter retractent, frequenter emendent, et *quot voluerint diebus* in tantae praesertim causae meditatione versentur. Haec enim deliberatio nihil immaturum relinquit, cui licebit dictata saepe corrigere."

§. 4. „Testes autem subscriptiones suas *uno die, vel omnes pariter*, vel, si legitimus numerus exiguam moram fecerit, *horis* praebere *diversis*, sub obtutibus testatoris jubemus."

2) Für den Orient wurde verordnet, daß zwar die Testamentsurkunde beliebig zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Tagen geschrieben werden dürfe, daß aber die eigentliche Solennisirung des Testamentes durch die Zeugen an demselben Tage und zugleich auch ohne Zeitunterbrechung, *uno eodemque die et tempore* geschehen müsse.

[2]) Impp. Theod. et Valent. A. A. Florentio P. P.

§. 2. — — — „Quo, facto et testibus *uno eodemque die et tempore* subscribentibus et signantibus valere testamentum, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento."

§. 4. „In omnibus autem testamentis, quae vel absentibus, vel praesentibus testibus dictantur, superfluum est, *uno eodemque tempore* exigere, testatorem et

---

1) Nov. Valent. III. (Hugo Jus civ. antej. Lib. II. tit. XXI. de testament.)

2) Nov. Theodosii II. (Hugo Jus civ. antej. Lib. I. tit. XVI. de testam.)

testes adhibere, et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed, licet alio tempore dictatum, scriptumve proferatur testamentum, sufficiet *uno eodemque die*, nullo actu interveniente, testes omnes videlicet simul, *nec diversis temporibus* subscribere signareve testamentum."

Diese letzteren, ursprünglich für den Orient bestimmten Vorschriften sind nun in den Codex Justinianeus übergegangen, und dadurch praktisches Recht geworden, während die andere Verordnung, wonach es mit der Einheit der Zeit weniger streng genommen werden sollte, keine Gültigkeit mehr hat [1]).

Daraus folgt, daß die eigentliche Solennisirung des Testamentes durch die Zeugen jetzt *uno eodemque tempore* geschehen muß, oder, wie es auch wohl ausgedrückt wird, *simul, nec diversis temporibus vel horis*. Der Sinn ist der, es muß der eigentliche solenne Act des Testirens, sobald er ein Mal begonnen, ohne dazwischen fallende Pausen, in einer ununterbrochenen Zeitfolge fortgesetzt und beendigt werden.

Mit dieser Einheit der Zeit steht nun zwar in sehr genauer Verbindung die ebenfalls gesetzlich vorgeschriebene Einheit des Tages, aber sie fällt keineswegs mit jener ganz zusammen und enthält, streng genommen, etwas ganz anderes. Daher ist es gewiß nicht zu billigen, wenn man, mit völliger Übergehung der Einheit des Tages, immer nur allein von der Einheit der Zeit redet. Es muß nämlich die Testamentssolennisirung nicht blos in einer ununterbrochenen Zeitfolge, sondern auch an demselben Tage, wo sie begonnen ist, vollendet werden, *uno eodemque die*, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt, desselben Tages geschehen.

1) c. 21. pr. C. 6, 23. Vergl. N. O. 1512. Tit. von Testam. §. 7. „alsdann desselben Tages und Zeit."

Wie es scheint, hat man bisher ohne weiteres die Ausdrücke: *uno tempore* und: *eodem die*, oder, wie es in der Notariatsordnung heißt: desselben Tages und Zeit für ganz gleichbedeutend genommen und darum kein besonderes Gewicht auf die Einheit des Tages gelegt. Allein es läßt sich wohl auf das Bestimmteste, sowohl grammatisch als historisch nachweisen, daß verschiedene Dinge dadurch bezeichnet werden.

Denn erstens ist schon an und für sich, der Sache nach, ein großer Unterschied zwischen dem, was *uno tempore*, zu derselben Zeit, ununterbrochen, und dem, was *eodem die*, an demselben Tage geschieht. Es ist sehr wohl möglich, daß ein Testament *uno tempore*, ohne Zeitunterbrechung solennisirt wird, und doch nicht *eodem die*. Es kann nämlich der Testiract in der Nacht seinen Anfang nehmen [1]) und, trotz seiner ununterbrochenen Fortsetzung, sich über die Mitternacht hinaus, also in den folgenden Tag hinüberziehen, so daß der Anfang des Testamentes in Einen, das Ende in den Andern Tag fällt. Umgekehrt kann es aber auch eben so gut geschehen, daß das Testament *eodem die* angefangen und vollendet wird, obgleich es nicht *uno tempore*, sondern mit Zeitpausen und Unterbrechungen, etwa zu verschiedenen Stunden, wie es in den Constitutionen von Valentinian und Theodos heißt, *diversis horis, diversis temporibus* ejusdem diei, errichtet worden ist.

Es sind ferner auch zweitens in grammatischer Hinsicht die römischrechtlichen Ausdrücke: *uno tempore* und: *eodem die* [2]),

1) fr. 22. §. 6. D. 28, 1.
„Posse et nocte signari testamentum, nulla dubitatio est."

2) Das beweist namentlich die bekannte Pandektenstelle von Paulus. fr. 42. D. 42, 1.
„Paulus respondit, rescindere quidem sententiam suam praecedentem praetorem non posse, reliqua autem, quae ad consequentiam quidem jam statutorum pertinent, priori tamen sententiae desunt, circa condemnandum reum, vel absolvendum debere supplere, scilicet eodem die."

so wie die reichsgesetzlichen Ausdrücke: desselben Tages und: derselben Zeit durchaus nicht gleichbedeutend. Daher kann die Cumulation derselben als eine bloße Tautologie nicht betrachtet werden, auch abgesehen davon, daß eine Tautologie der Art sehr auffallend sein würde.

Am wenigsten läßt sich aber drittens die Verschiedenheit dieser beiden Ausdrücke, als für sich bestehender gesetzlicher Requisite bezweifeln, wenn man den ganzen übrigen Zusammenhang in den Constitutionen von Theodos und Valentinian betrachtet. In der oben abgedruckten Constitution für den Occident wird die eigentliche Bedeutung des: *eodem die*, im Verhältnisse zu dem: *uno tempore*, so scharf als möglich bezeichnet durch den Gegensatz davon. Das Schreiben des Testamentes, welches sonst *eodem die*, oder wie es noch bestimmter dort angegeben wird, *sub unius diei spatio* vollendet sein mußte, soll jetzt sich in verschiedene Tage hinüberziehen dürfen, kann *quot voluerint* (testatores) *diebus* geschehen. Eben so wird die Bedeutung des *uno tempore* möglichst scharf, im Verhältnisse zu dem Begriffe: *eodem die*, bezeichnet durch den Gegensatz: *horis diversis* ejusdem diei. Wie wenig ferner darauf Gewicht zu legen ist, daß die beiden Begriffe: *uno tempore eodemque die* meistens den Worten nach verbunden werden, geht schon daraus hervor, daß in der Constitution für den Orient, welche eben in unser Corpus juris übergegangen ist, die drei Requisite, Einheit des Tages, des Actes und der Zeit so aufgezählt werden, daß die Einheit des Actes zwischen der Einheit des Tages und der der Zeit, sie trennend, in der Mitte steht: sufficiet, *uno eodemque die, nullo actu interveniente*, testes omnes videlicet *simul, nec diversis temporibus* subscribere signareve testamentum. Zwar lautet die gewöhnliche Lesart in unserem Corpus juris so: „uno eodemque *tempore* et die“, allein der Zusatz: *tempore* fehlt nicht blos in der ursprünglichen, echten Novelle

von Theodos und Valentinian, sondern auch in den meisten und besseren Handschriften des Codex, so daß er höchst wahrscheinlich als ein Glossem zu betrachten ist [1]).

Zu demselben Resultate führt endlich viertens der geschichtliche Zusammenhang, wenn wir berücksichtigen, wie das Verhältniß vor jenen beiden Constitutionen von Valentinian und Theodos war und was nun eigentlich daran geändert wurde, wie das schon zu Anfange dieses Paragraphen ausgeführt worden ist.

§. 4.

Von der Einheit der Handlung des Testirens, der s. g. unitas actus.

Es war, wie so manches Andere, ein Überbleibsel der älteren civilrechtlichen Testamentsformen [2]), daß auch noch im neuesten römischen Rechte das Testament *uno actu, nullo actu interveniente* vollendet werden muß [3]). Der einfache Sinn dieser Regel ist der: es darf dem Acte des Testirens, so bald er begonnen bis zu seiner Vollendung, keine andere Handlung, welche nicht zum Testiren selbst gehört und daher als fremdartig erscheint, beigemischt werden. Daß dieses Erforderniß, welches man jetzt gewöhnlich mit dem Ausdrucke Einheit der Handlung, *unitas actus* bezeichnet, mit der oben abgehandelten Einheit der Zeit und des Tages nicht zusammenfällt, springt in die Augen. Denn es kann der Act des Testirens der Zeit nach ununterbrochen fortgehen, und

---

1) Vergl. d. Note in der Gebauer-Spangenberg. Ausg. des Corpus juris zu c. 21. pr. C. 6, 23.

2) §. 4. J. 4, 10. Der Grund, den Manche dafür angeben: „ne memoria per actum extraneum interpositum vitietur.“ Perez ad Cod. Lib. 6. tit. 23. nr. 8. ist sicher nicht der richtige. Er lag vielmehr in der Solennität des Testiractes.

3) §. 4 J. 4, 10. fr. 21. §. 3. D. 28, 1. Uebrigens gehört das fr. 20. D. 50, 16., was man oft noch dafür citirt, gar nicht hierher.

es läßt sich dennoch eine Einmischung fremdartiger Handlungen denken; so wie umgekehrt, auch ohne eine solche Einmischung, eine Zeitunterbrechung möglich ist, indem in den Zeitpausen nichts eigentlich Fremdartiges vorgenommen, sondern nur innegehalten wird.

Die wichtigste Frage dabei ist natürlich die, welche Handlungen, als dem dem Testamente fremdartig, nach dem in unseren Rechtsquellen gangbaren Ausdrucke, als *actus testamento alieni*, deren Einmischung das Testament ungültig machen, zu betrachten sind. Genauer wird uns dieses nirgends angegeben, sondern nur im Allgemeinen bestimmt:

> [1]) „Uno contextu actus [2]) testari oportet. Est autem *uno contextu*, nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur."

Daraus geht übrigens schon hervor, daß alles, was zum eigentlichen Testamente gehört, *omne ad testamentum pertinens*, kein actus alienus sei. Auch ist dabei kein Unterschied zu machen zwischen Rechtsgeschäften und anderen Handlungen, die an sich keine Rechtsgeschäfte sind. Zwar wird oft unbedingt und allgemein behauptet, daß alle andere Rechtsgeschäfte, außer dem Testiren selbst, das Testament ungültig machten [3]). Allein mit Unrecht. Denn dazu ist kein Grund vorhanden und es giebt auch Rechtsgeschäfte außer dem Testiren selbst, von denen man sagen kann, daß

---

1) fr. 21. §. 3. D. 28, 1.

2) Nach einigen anderen Handschriften: actionis.

3) Vinnius ad §. 3. J. 2, 10. nr. 7. Voet Comment. ad Lib. XXVIII. tit. 1. §. 4. Auf eine höchst wunderliche Weise pflegen die älteren Juristen, wie z. B. Voet, dabei weitläuftig auszuführen, daß durch den Testiract und den letzten Willen selbst kein Vertrag abgeschlossen werden könne, z. B. kein Pfandvertrag. Das hängt mit der s. g. unitas actus gar nicht zusammen, sondern ist eine natürliche Folge davon, daß das Testament ein einseitiges stets widerrufliches Geschäft ist.

sie in concreto zum Testamente gehören. Es lassen sich nämlich zwar die direct, unmittelbar und zunächst immer zum Testiren nöthigen Handlungen, z. B. die Rogation der Zeugen, die Erklärung des Testirers, daß die vorgezeigte Urkunde seinen letzten Willen enthalte, das Unterschreiben und Siegeln der Zeugen u. s. w. von denjenigen ausscheiden, welche nur indirect, mittelbar und blos zufällig in einzelnen Fällen sich auf das Testiren beziehen. Allein auch die letzteren sind von der Art, daß man sagen kann, sie seien *aliquid ad testamentum pertinens*, weil sie ja blos zu dem Zwecke vorgenommen werden, um das Testament errichten zu können, also doch jedenfalls mit zum Testiren gehören, diesem Acte nicht fremdartig sind. So ist, um Beispiele solcher Handlungen, die nicht eigentliche Rechtsgeschäfte sind, anzuführen, das Anzünden eines Lichtes, das Wiederanzünden des ausgegangenen Lichtes, das Herholen von Siegellack zum Zwecke des Siegelns der Testamentsurkunde u. s. w. sicher *aliquid ad testamentum pertinens*. Eben so, um Beispiele von Rechtsgeschäften dieser Art zu geben, das Kaufen oder Leihen von solchen Materialien, die zum Testiren nöthig sind. Wenn z. B. bei dem schon angefangenen Siegeln der Testamentsurkunde der Testirer bemerkt, daß das vorhandene Siegellack nicht hinreichen werde für alle sieben Zeugen und deßhalb schnell durch einen Dienstboten aus der Nachbarschaft neues Siegellack kaufen oder leihen läßt, so ist das sicher kein *actus testamento alienus, qui testamentum vitiat* 1). Das liegt theils schon in der Natur der Sache und in der richtigen Erklärung der oben abgedruckten Hauptstelle, theils haben wir sogar in den Gesetzen selbst eine indirecte Bestätigung davon. Ausdrücklich wird uns nämlich gesagt, es sei erlaubt, daß ein Zeuge sich auch des Petschaftes des andern Mitzeugen oder des Testirers

---

1) Donell. Comm. ad Cod. lib. 6. tit. 23. nr. 17.

zum Siegeln des Testamentes bediene [1]). Dazu muß er sich ja erst von diesen Mitzeugen oder dem Testirer das Petschaft leihen, und wer wollte behaupten, daß ein solches ausdrücklich, oder stillschweigend zu diesem Zwecke abgeschlossenes Commodatum der Gültigkeit des Testamentes schade?

Nur solche Handlungen, seien es Rechtsgeschäfte oder nicht, erscheinen als *actus testamento alieni*, welche in keiner Rücksicht, weder schon im Allgemeinen, noch im concreten Falle zufällig für das eigentliche Testament so nothwendig sind, daß dessen Errichtung erst durch sie möglich gemacht wird. Selbst der Umstand, daß diese Handlungen, welche nicht zum eigentlichen Testiren gehören, vielleicht in anderer Beziehung nothwendig waren, ändert daran nichts; denn nicht das Nothwendige derselben, sondern ihr Zusammenhang mit dem eigentlichen Testamente und dem Testiren selbst macht die Handlung zu *aliquid ad testamentum pertinens*. Das geht so weit, daß selbst nothwendige Leibesbedürfnisse, welche der Testirer oder die Zeugen während des Testiractes zu befriedigen gedrungen sind, der Strenge nach, zu den fremdartigen Handlungen zu rechnen sind, weil sie gar nicht zum Testamente und Testiracte selbst gehören, sondern nur den Körper der Zeugen oder des Testirers betreffen. Das sieht man deutlich daraus, daß Justinian erst ausdrücklich, als etwas Besonderes und als Milderung der strengen Regel, verordnet hat, es sollten, aus Rücksicht für die Naturbedürfnisse [2]), dergleichen Zwischenhandlungen unschädlich sein. Davon gleich weiter unten mehr.

---

1) fr 22. §. 2. D. 28, 1. c. 12. C. 6, 23. Vinnius ad §. 5. J. 2, 10.

2) c. 28. pr. in fin. C. 6, 23. „Sic enim et naturae medemur, caet.

§. 5.

Gesetzlich begründete Modificationen und Ausnahmen von der vorgeschriebenen Einheit der Testirhandlung.

Bisher war nur die Rede von der Regel, von dem allgemein vorgeschriebenen Prinzipe der Einheit des Testiractes. Wir wenden uns nunmehr, nach dem oben angedeuteten Plane, zu den gesetzlichen Modificationen und Ausnahmen von jener Regel.

I. Eine solche Modification finden wir am frühesten in einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian. Sie lautet so:

[1]) Impp. Dioclet. et Maxim. A. A. Marcellino.

„Casus majoris ac novi contingentis ratione, adversus timorem contagionis, quae testes deterret, licet aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas peremta est. Testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.“

Offenbar ist die Constitution ein Rescript und ihre ganze Fassung scheint zu beweisen, daß darin nichts eigentlich Neues verordnet, sondern nur auf das bisher schon geltende Recht verwiesen werden soll [2]). Aber über den wahren Sinn der Verordnung ist lange und viel gestritten worden. Auch noch jetzt herrschen sehr verschiedene Ansichten [3]) darüber, und

1) c. 8. C. 6, 23.

2) Jac. Gothofred. de testam. temp. pest. condito, Opp. minor. p. 627 sqq. Schilter Praxis jur. rom. Exercit. ad Pand. XXXVIII. §. 132.

3) Ich beschränke mich übrigens blos auf Erwähnung und Prüfung derjenigen Erklärungsversuche, welche nicht an sich schon auf den ersten Blick als ganz unhaltbar erscheinen. Zu diesen rein willkührlichen Erklärungsversuchen gehört z. B. die Meinung, daß zur Zeit einer grassirenden ansteckenden Krankheit eine geringere

gerade diejenige, welche in der neuesten Zeit die wenigsten Anhänger zählt, mögte bei weitem die meisten und überwiegendsten Gründe für sich haben.

Viele der älteren Juristen erklären die Constitution von dem Falle einer in der Gegend, wo testirt werden soll, grassirenden ansteckenden Krankheit, oder gar der eigentlichen Pest. Unter solchen Umständen brauchten, um Ansteckung zu verhüten, nicht alle Zeugen auf ein Mal versammelt zu werden, sondern nur einer nach dem andern. Das Besondere liegt hiernach darin, daß die Zeugen nicht **omnes simul eodem loco, ibidem collecti** zu sein brauchten. Ob dieses voraussetze, daß auch der Testirer selbst an der grassirenden Krankheit niederliege, oder nicht, darüber herrscht eben so wenig Übereinstimmung, und diejenigen, welche sich für die erstere Ansicht aussprechen, streiten wieder darüber, ob dann zur Gültigkeit des so errichteten Testamentes gehöre, daß der Testirer hinterdrein wirklich an jener Krankheit gestorben, oder ob das unwesentlich sei [1]. Obgleich nun diese Erklärung sogar in manche Partikulargesetzgebungen übergegangen ist [2], und auch zum Theil unter den Neueren einige Anhänger findet [3], so hat sie doch fast alles gegen sich, sowohl die

---

Anzahl von Zeugen genüge. Daher stützen auch die meisten Vertheidiger dieser Meinung sich mehr auf eine angeblich allgemeine deutsche Rechtsgewohnheit dieser Art, als auf die Worte der Constitution selbst. Gail. Obs. II. 118. n. 18. Brunnemann ad c. 8. C. de testam. n. 4. Stryck de caut. testam. C. XI. §. 3. Was es übrigens für eine Erklärung ist, welche Moser Versuche über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts nr. 2. gibt und welche Muehlenbruch Doctr. Pand. §. 504. not. 1. als eine **prorsus singularis interpretatio** bezeichnet, weiß ich nicht, weil ich dieses Buch nicht zur Hand habe.

1) Nicol. Einert (Praes. Andr. Mylio) de testamento pestis tempore condito. Lips. 1680. Hofacker Princ. §. 1382.

2) z. B. in das sächsische Recht Const. Elect. Aug. Const. IV. p. 3.

3) z. B. Muehlenbruch Doctr. Pand. §. 504. Seuffert Lehrb. des prakt. Pand. R. §. 529. Mackeldey Lehrb. §. 646.

Worte, als den Geist der Constitution. Das wird sich weiter unten bei einer genaueren Interpretation derselben zeigen.

Andere [1]) geben den Inhalt des Rescriptes so an. Wenn der Testirer eine ansteckende Krankheit habe, und sich deßhalb die Zeugen scheuten, in seine unmittelbare Nähe zu kommen, zu ihm hinzutreten: so sei ihnen gestattet, sich abgesondert von dem Testirer, in einem getrennten Locale zu versammeln, um dort das Testament zu solennisiren [2]). Das Besondere wird also hiernach darin liegen, daß die Einheit des Ortes wegfällt, indem die Zeugen nicht in *conspectu testatoris* zu sein brauchen. Die Anhänger dieser Ansicht lesen statt: *oppressos*, in der Constitution: *oppressis* oder: *oppresso* und stützen sich vorzüglich dabei auf die Auctorität der Basiliken, welche in der That das Rescript so verstehen:

[3]) Δεδιότες οἱ μάρτυρες πλησιάσαι τῷ διατιθεμένῳ, διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν· συγχωρείσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτε σφραγίσαι τὴν διαθήκην.

Nach Fabrot:

„Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eis, ut separatim ab eo testamentum signent.“

Endlich erklären ältere Juristen, z. B. Jac. Gothofredus [4]), nach dem Vorgange der Glosse [5]), den In-

---

1) Z. B. Jac. Cujac. Obss. lib. XXVI. cap. 10. Schilter c. l. §. 132—136. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts B. V. §. 130.

2) Jac. Cujac. Obss. lib. XXVI. cap. 10.

3) Tom. IV. p. 774.

4) Vergl. unter den Neueren Schweppe das röm. Priv. Recht §. 815.

5) ad L. 8. C. de testam. Casus: „Si testamentum septem testibus praesentibus commode inchoasti, et nondum completo unum testium invasit morbus caducus et eo postea restituto rediit, et coram eo, vel alio ejus loco supposito testator profiteatur; an, non obstante illo intervallo, valeat minus testamentum, quaeritur? Resp. quod non; licet enim ob talem

halt unseres Rescriptes auf eine ganz andere Weise, nämlich so: Wenn ein Zeuge, nach schon begonnenem Acte des Testirens, die Epilepsie bekommt, von der fallenden Sucht ergriffen wird, und die übrigen Zeugen, oder einige derselben, sich vor dem Anblicke des Kranken scheuen und deßhalb auf einige Zeit das Zimmer verlassen, so soll zwar dieser Umstand, daß die Zeugen nicht fortwährend bis zum Schlusse der Testamentsfeierlichkeit, eodem loco mit dem Testirer versammelt geblieben sind, und daß eine solche Zeitunterbrechung eintrat, der Gültigkeit des Testamentes noch keinen Abbruch thun. Jedoch hat das nicht den Sinn, als brauchten hinterdrein nicht sämmtliche Zeugen wieder zusammen zu kommen, um mit der Solennisirung des Testamentes fortzufahren. Denn dieses Letztere ist allerdings nothwendig und

---

necessitatem remissum sit eis, ut conveniant, non tamen est eis remissum, nec redeant; sed redire debent, quia necesse est, ut sufficiens numerus testium adhibeatur.“

Merkwürdig ist auch noch die Uebersetzung unseres Rescriptes in einem höchst interessanten, auf der Senkenbergischen Bibliothek zu Giessen befindlichen Manuscripte, wahrscheinlich aus dem vierzehnten Jahrhunderte, welches eine französische Uebersetzung des Codex Justinianeus enthält. Obgleich es, trotz der sehr sauberen Handschrift, nicht selten schwierig ist, das Altfranzösische, wegen mancher veralteten Worte, Ausdrücke, Schreibarten und Wendungen zu verstehen, so sieht man doch jedenfalls deutlich, daß der Uebersetzer den Sinn des Rescripts gerade eben so aufgefaßt hat, wie die Glosse und wie er hier von uns als der richtige dargestellt worden. Die Worte, welche ich hier genau nach dem Texte, ohne Abänderungen, gebe, lauten in jener Uebersetzung so:

„ist meismes empereres dit. Seil auiêt que aucun nouel casulemgne a aucun des tesmoinz, quant aucum fet son testament par deuant eus, que aucun deus chiet par maladie, si que les autres sespoentent et sen uont, por ce nest mie corrompu tot le testament, mes un pou est alachie del droit, quar ce est otroie par droit que les tesmoinz qui ont tele maladie ne soient lors que la maladie les tient auecques les autres, mes por ce ne couient que len asemble nouelement autres tesmoinz.“

an der Zahl der zuzuziehenden Zeugen ist überhaupt in einem solchen Falle nichts nachgelassen, oder geändert worden.

Für diese letzte Ansicht und zugleich gegen die übrigen angegebenen sprechen folgende Gründe.

Es ist erstens außer allem Zweifel, daß der von den Kaisern gebrauchte Ausdruck: *casus major ac novus contingens* nicht überhaupt jede ansteckende Krankheit, noch weniger jeden sich ereignenden bedeutenderen Unfall, sondern in specie die Epilepsie oder fallende Sucht bezeichnet [1]). Denn *casus* bedeutet so viel als Krankheitsfall, *morbus* [2]); morbus *major* heißt aber bei den Alten so viel als morbus

1) Zunächst blos von diesem Falle der Epilepsie ist also in dem Rescripte die Rede. Wenn daher Schweppe das römische Privatrecht §. 815. sich so ausdrückt: „Hierher gehört auch, daß wenn einem Zeugen plötzlich etwas ankommt, und die übrigen aus Furcht davon laufen, das Testament nicht nichtig wird, wenn nur nachher die volle Zahl wieder zusammenkommt; woraus man gewöhnlich ein eigenes privilegirtes Testament macht," und sich dafür auf die c. 8. C. 6, 23. beruft, so läßt sich das nicht rechtfertigen. Daß aber mit Rücksicht auf eine spätere Constitution Justinians, nur freilich mit einigen Beschränkungen, sich etwas Aehnliches behaupten und rechtfertigen läßt, das wird sich weiter unten zeigen.

2) Forcellini sub. voce: Casus.

3) Auf einem offenbaren Mißverstehen dieses eigenthümlichen Ausdruckes: casus major beruht es daher, wenn Schilter c. l. §. 133. gegen Jac. Gothofredus bemerkt: „Justinianus enim morbum comitialem in testibus nequaquam pro casu majori habet, et qui timorem contagionis inferat, sed pro tali contingente, quod si non ex brevi temporis intervallo transeat, quousque ceteri hunc exspectabunt, sed longiore spatio refectio indigeat, tunc testi ita correpto alius surrogandus et actus continuandus, nequaquam vero testes omnes dissociandi et post id tempus alius actus instituendus, ut vult Gothofredus. Vid. L. cum antiquitas 28. de test." Denn casus major bezeichnet ja eben hier nicht einen bedeutenden schweren Unfall, wohin nur beispielsweise auch die Epilepsie zu zählen wäre, sondern ist der eigentliche specielle Kunstausdruck für Epilepsie. Auch fehlt Schilter hier darin, daß er das Rescript von Diocletian und Maxi-

comitialis, auch *sacer* genannt [1]). *Comitialis* und *sacer* hieß er, weil wenn einer der Versammelten die Epilepsie bekam, die Comitien dadurch aufgehoben und unterbrochen wurden [2]). Auf die Art und Form, wie sich diese Krankheit gewöhnlich äußert, bezieht sich auch der Beisatz: *novus contingens*, weil der epileptische Zufall plötzlich und ohne vorherige Anzeige einzutreten pflegt. Schon Celsus führt bei der Beschreibung dieser Krankheit als etwas charakteristisches an, daß die Anfälle *subito* entständen und schnell wieder vorübergingen [3]).

Während nun so die Worte des Rescriptes auf den Fall eines plötzlichen Anfalles der Epilepsie hinweisen, liegt umgekehrt nichts darin, woraus auf den Fall einer ansteckenden Krankheit des Testirers, oder überhaupt einer grassirenden Krankheit geschlossen werden könnte. Denn wie sollte *casus major ac novus contingens*, auch abgesehen von seiner angegebenen specielleren Bedeutung, so etwas bezeichnen? Zwar beruft man sich dafür auf die folgenden Worte: *adversus timorem contagionis*. Allein diese beziehen sich auf die Wirkungen der Epilepsie. Denn bekanntlich macht der Anblick eines Epileptischen einen höchst widrigen Eindruck auf die Zuschauer, den Viele nicht auszuhalten vermögen, ohne selber ähnliche Zufälle, Krämpfe u. s. w. zu bekommen. Daher konnte allerdings mit Grund von den Kaisern der Fall erwähnt werden, wenn einen der Zeugen die fallende Sucht befällt, und die übrigen Zeugen den Anblick nicht ertragen können, sondern aus natürlicher Scheu und aus Furcht, selber ähnliche Zufälle zu bekommen, fortgehen.

---

mian aus der späteren Constitution von Justinian erklärt, während umgekehrt letztere aus dem ersteren erklärt werden muß. S. weiter unten.

1) Forcellini sub voce: Comitialis.

2) Festus sub voce: prohibere. Celsus lib. 2. c. 8.

3) Celsus lib. 3. c. 23.

Es paßt zweitens zu keiner der übrigen Erklärungen das Wort: *oppressos* im Rescript, wohl aber zu der hier vertheidigten. Denn *oppressos* kann sich nur auf die *testes* beziehen, nicht auf den Testirer. Zwar helfen sich die Gegner zum Theil dadurch, daß sie: *oppressis* oder: *oppresso* lesen [1]). Allein, da alle Handschriften ohne Ausnahme *oppressos* haben, so ist eine solche Correction fast gewaltsam, und um so bedenklicher, weil die Lesart: *oppressis* in gewisser Beziehung leichter und darum nicht zu vermuthen ist, daß dafür die schwerere Lesart *oppressos* später substituirt worden sei. Man kann sich auch zu ihrer Vertheidigung nicht auf die Basiliken berufen. Denn, so wahr es auch ist, daß die Basiliken oft dazu benutzt werden können, um eine zweifelhafte Lesart zu fixiren, so setzt das doch voraus, theils daß die Lesart wirklich zweifelhaft sei, theils daß die Basiliken auch in der That eine wahre Übersetzung liefern, worin das zweifelhafte Wort selbst aus dem Lateinischen in das Griechische übertragen ist. Allein das ist hier durchaus nicht der Fall, indem die Basiliken offenbar nicht übersetzen, sondern einen Auszug, eine Art von Umschreibung des Inhaltes der Constitution liefern; daraus geht zwar hervor, daß die Verfasser der Basiliken das Rescript so erklärt haben, wie diejenigen, welche die Lesart: *oppressis* oder: *oppresso* vorschlagen, aber nicht, daß auch wirklich in dem Rescripte selbst das Wort: *oppresso* oder: *oppressis* gestanden. Auch in der späteren Zeit haben ja viele Rechtsgelehrte [2]), ohne die Lesart: *oppressos* zu ändern, denselben Sinn in die Constitution gelegt, wie die Basilken. Ja! es würde auch nicht ein Mal die Lesart: *oppressis* oder: *oppresso* zu der Erklärung der Gegner passen. Denn worauf

---

1) So Schilter c. I. §. 132. nach dem Vorgange von Hotoman, D. Gothofred und Freher.

2) Dahin gehört selbst Cujacius Obss. lib. XXVI. cap. 10.

sollte sich dieses Wort beziehen? auf die Testatoren? Das ist aber ganz unmöglich; indem von diesen bisher gar nicht die Rede gewesen war, sondern blos von den Zeugen und auf diese letzteren allein kann sich daher das Wort beziehen, es mag nun *oppressos* oder *oppressis* lauten. Man könnte nun zwar dagegen einwenden, daß dann hier auf eine etwas auffallende Weise der kaum denkbare Fall vorausgesetzt werde, wo mehrere Zeugen auf ein Mal von der Epilepsie befallen würden. Allein das darf aus dem Umstande, daß die Kaiser im Pluralis reden, nicht geschlossen werden. Denn es wird ja hier, bei Gelegenheit eines bestimmten Falles, der das Rescript veranlaßt hat, im Allgemeinen von ähnlichen Fällen geredet, und dabei konnten die *testes morbo oppressi* füglich genannt werden, ohne daß in jedem einzelnen Falle mehr als ein epileptischer Zeuge gemeint wäre. Vielleicht ließe sich diese ganze Bedenklichkeit, wenn sie wirklich etwas auf sich hätte, am einfachsten dadurch heben, daß man die Redensart: testes *morbo* oppressos durch: testes *morbi timore* oppressos erklärt. So scheint sie auch in der That Cujacius [1]) zu erklären. Allein, obgleich der Ausdruck: *timore opprimi* ein sehr gangbarer ist, so ist er doch von der Redeform: *morbo opprimi* wesentlich verschieden, besonders da letztere schon bei den Römern ihre bestimmte Bedeutung hat, indem sie das von der Krankheit Befallenwerden und ihr Unterliegen [2]) bezeichnet, so daß schon deßhalb das Unterschieben jener anderen Bedeutung etwas gewaltsam erscheinen würde.

Eben so verhält es sich drittens mit den Worten: *„eo tempore jungi atque sociari remissum est.“* Sie

1) c. l. indem er die Worte: testes hujusmodi morbo oppressos so paraphrasirt: „nempe tempore grassantis morbi oppressos et circumsessos testes hujusmodi morbi terrore caet“

2) Forcellini Lexicon. sub voce: opprimere.

passen nicht zu den jetzt gewöhnlichen Erklärungen. Man könnte sagen die Worte: *eo tempore* bedeuteten so viel: als zur Zeit der herrschenden ansteckenden Krankheit, *pestis tempore*; oder man könnte sie überhaupt auf die Zeit, wo der Testirer an der ansteckenden Krankheit leidet, beziehen. Allein von einer solchen Zeit grassirender Krankheiten, oder von einer ansteckenden Krankheit des Testirers überhaupt, ist ja eben, nach obigen Ausführungen, hier gar nicht die Rede gewesen, sondern von dem Falle einer plötzlich eingetretenen Epilepsie. Sehr gut passen sie dagegen zu der hier vertheidigten Ansicht. Denn der Sinn ist dann einfach der: so lange, *eo tempore*, als der Zeuge an dem epileptischen Anfalle leidet, soll, unbeschadet der Gültigkeit des Testamentes, die s. g. unitas temporis et loci unterbrochen werden dürfen, d. h. so lange dürfen diejenigen Zeugen, welche sich vor dem Anblicke scheuen, sich entfernen, oder kann der Epileptische weggebracht werden.

Zu demselben Resultate führt viertens eine genauere Betrachtung der Schlußworte: *non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.* Denn, wie hätte, nach den gewöhnlichen Erklärungen des Rescriptes, dabei nur die Frage entstehen können, ob auch an der Zahl der zu versammelnden Zeugen etwas nachgelassen sei? Nach unserer Erklärung dagegen war dieser Zweifel sehr natürlich. Das Abtreten einiger sich scheuender Zeugen, oder das Wegbringen des Epileptischen soll nichts schaden, nur müssen hinterdrein eben so viel, also sämmtliche Zeugen wieder zusammen kommen, *convenire*, damit der gesetzliche *numerus* wieder voll wird.

Entscheidend ist fünftens gegen die Erklärungsversuche der Gegner auch der innere Grund, daß dieselben schon in sich selbst etwas widersprechendes enthalten. Denn, setzt man das in einem solchen Falle gesetzlich an der Form Nachgelassene, *id, quod de jure laxatum est*, darin, daß die Zeugen nicht alle

auf ein Mal zusammen, sondern nur einer nach dem andern zu dem Testirer in das Zimmer zu treten brauchen: so ist nicht wohl abzusehn, wie dadurch die Gefahr der Ansteckung durch die Nähe des kranken Testirers von den sich fürchtenden, apprehensiven Zeugen entfernt werde. Sie müssen sich ja denn doch alle dem Testirer nähern und von seiner Person und Nähe droht ja die Ansteckung, nicht von der durch die Zeugen ausgehauchten Luft. Höchstens also auf den Fall, wo der Testirer nicht selber krank ist, aber eine ansteckende Krankheit in der Gegend grassirt, weßhalb die Zeugen selbst einander nicht trauen und sich nicht einander nähern wollen, würde es passen. Setzt man dagegen *id, quod de jure laxatum est*, darin, daß überhaupt die Zeugen zu dem Testirer gar nicht in das Zimmer zu gehen brauchen, so entsteht eine andere sehr bedenkliche Inconsequenz. Denn offenbar ist dann die Rede von der Errichtung eines schriftlichen Testamentes. Wenn nun die Zeugen nicht in das Zimmer, worin der Testirer sich befindet, zu treten brauchten, sondern sich in einem abgesonderten Locale versammeln dürften, so fiele ja gerade der wesentliche Theil der Solennität, worauf die Glaubwürdigkeit der Testamentsurkunde als solcher beruht, ganz hinweg. Es muß nämlich der Testirer nicht blos die Zeugen rogiren (was hier schon unmöglich wäre), sondern auch den rogirten Zeugen die Testamentsurkunde vorzeigen, erklären, daß sie seinen letzten Willen enthalte und dann, in Gegenwart der Zeugen, unterschreiben. Darauf eben beruht zunächst der Beweis der Echtheit der Testamentsurkunde, nicht auf dem Unterschreiben und Siegeln der Zeugen. Denn sonst könnte ja auch eine falsche, von dem Testirer nicht anerkannte Urkunde durch die Zeugen solennisirt werden. Allein, wenn auch in Abwesenheit des Testirers, von einem Andern die Zeugen rogirt und ihnen die angebliche Testamentsurkunde zur Unterschrift und Siegelung vorgelegt wird, so liegt darin eine kaum begreifliche Un-

förmlichkeit, indem hier gewissermaaßen der Andere für den eigentlichen Erblasser testirt, und eine sehr bedeutende Gefahr entsteht, daß eine falsche Urkunde, die gar nicht den wirklichen letzten Willen des kranken Testirers enthält, als Testament solennisirt wird. Es wird das um so unbegreiflicher erscheinen, wenn wir uns erinnern, wie viele Vorsichtsmaasregeln gesetzlich vorgeschrieben sind für den Fall, wo ein Blinder testiren will, wie dieser gar nicht schriftlich, sondern nur mündlich testiren kann, nur mit Zuziehung eines Notares, oder achten Zeugen u. s. w. Der Grund ist offenbar der, weil dem Blinden leicht eine andere, als die von ihm beabsichtigte Urkunde, als sein Testament untergeschoben werden kann. Ein bei der Solennisirung des Testamentes nicht anwesender Testirer ist aber nicht bloß einem Blinden gleichzuachten, sondern sogar noch mehr Unterschleifen und Unterschiebungen ausgesetzt.

Wollte man diesen Einwand entfernen, durch die Bemerkung, daß, nach dem Sinne und Geiste jener Theorie, den Zeugen nicht gestattet werde, in einem vom Testirer ganz getrennten abgelegenen Locale zu unterschreiben und zu siegeln, daß sie vielmehr nur nicht gerade in dessen unmittelbarer Nähe, in demselben Zimmer mit ihm zu sein brauchten, sondern etwa in dem geöffneten Nebenzimmer fungiren dürften: so würde theils in dem Rescripte von Diocletian und Maximian, nach den obigen Andeutungen über die Einheit des Ortes, eigentlich gar nichts Besonderes liegen, indem Einheit des Zimmers nicht wesentlich zur Einheit des Ortes gehört, theils würde der ganze den Gesetzgebern untergelegte Zweck dadurch nicht erreicht werden. Denn, wenn der Testirer wirklich an einer ansteckenden Krankheit darnieder liegt und die Zeugen deßhalb sich scheuen, zu ihm in das Zimmer zu treten, so würden und könnten sie mit gleichem Grunde sich scheuen, in das offene Nebenzimmer zu treten, in welches nothwendig die Krankenluft hineinströmt.

Ein sechster Grund gegen die gewöhnliche Ansicht liegt in der const. 9., dem schon oben erklärten, unmittelbar auf das hier in Frage stehende folgenden Rescripte derselben Kaiser Diocletian und Maximian, worin der Grundsatz, daß die Zeugen *in conspectu testatoris* das Testament solennisiren sollen, eingeschärft wird. Nur dann soll eine Ausnahme eintreten, *si speciali privilegio patriae juris observatio relaxata est.* Allein, wäre die gewöhnliche Erklärung der const. 8. die richtige, so träte ja auch *pestis tempore* eine solche Ausnahme ein und die respondirenden Kaiser hätten um so mehr in der const. 9. dieses anführen müssen, weil sie und die const. 8. nicht blos von demselben Jahre, sondern auch sogar von demselben Monate sind. Wie trotz dem Schilter [1]), der in der const. 8. eine Ausnahme von der Regel, daß die Zeugen in conspectu testatoris sein müssen, findet, sich dafür auf die const. 9. berufen kann, ist daher unbegreiflich.

Endlich spricht auch für unsere Erklärung des Rescriptes der Umstand, daß damit sehr genau übereinstimmt der Inhalt einer späteren Constitution von Justinian, worin gerade der Fall, wenn einer der Zeugen die Epilepsie bekommt, mit Verweisung auf frühere Erfahrungen, erwähnt wird. Es ist dieses die c. 28. C. 6, 23., welche

II. einige wichtige Modificationen und Ausnahmen von der vorgeschriebenen Einheit der Testirhandlung einführt. Es enthielt nämlich das bisher erklärte Rescript von Diocletian und Maximian nur die Entscheidung eines sehr speciellen Falles, über den angefragt worden war. Da aber über manche ähnliche und andere Fälle späterhin Streit entstand und es mit Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Einheit des Testiractes oft so übertrieben streng genommen wurde, daß viele Testamente auf eine unbillige Weise dadurch

1) c. l.

Gefahr liefen, ungültig zu werden, so veranlaßte das Justinian zu einer allgemeinen Verordnung über die hier eintretenden Grenzen.

[1]) Justinianus A. Juliano P. P.

„Cum antiquitas testamenta fieri voluerit nullo actu interveniente, et hujusmodi verborum compositio non rite interpretata paene in pernitiem et testantium et testamentorum processerit, sancimus: in tempore, quo testamentum conditur, vel codicillus nascitur, vel ultima quaedam dispositio secundum pristinam observationem celebratur, (nihil enim ex ea penitus mutandum esse censemus) ea quidem, quae minine necessaria sunt, nullo procedere modo; quippe causa subtilissima proposita, ea quae superflua sunt, minime debent intercedere. Si quid autem necessarium evenerit, et ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est, vel victus necessarii, vel potionis oblatio, vel medicaminis datio, vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori, vel testibus: non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo, quod urget et imminet, repleto, vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et siquidem a testatore aliquid fiat, testibus paulisper separatis, cum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, iterum, introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam, vel quosdam testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorumdem testium

1) c. 28. C. 6, 23.

reversum exspectari, et solennia peragi sancimus. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat: tunc illo, vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo, vel ab eis, tam testatorem, quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, jubemus tunc eos vel eum una cum aliis testibus, ea, quae oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium jam fuerant subsecutae. Sic enim et naturae medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere."

Justinian bestimmt darin Folgendes:

1) Alle fremdartige Acte und Zeitunterbrechungen, welche unnöthig und überflüssig sind, stören unbedingt, ohne Rücksicht darauf, ob sie groß oder geringfügig sind, lange oder kurze Zeit dauern, die gesetzlich vorgeschriebene Einheit der Handlung und machen das Testament ungültig [1]).

2) Auch an sich nothwendige unvermeidliche Zeitunterbrechungen, oder eingemischte fremdartige Handlungen stören, auf eine der Gültigkeit des Testamentes nachtheilige Weise, die Einheit des Testiractes. Nur dann tritt eine Ausnahme ein, wenn erstens die Zeitunterbrechung oder der fremdartige Act die Leibesnothdurft, den Körper- und Gesundheitszustand des Testirers oder der Zeugen betrifft, indem sie zu dessen Erhaltung nothwendig ist [2]). Das ist es, was Justinian ausdrückt durch die Worte: necessarium *et corpus laborantis respiciens* und: si quid *tale* in quendam testium contingat. Darauf beschränken sich auch alle Beispiele unschädlicher Unterbrechungshand-

1) Verb.: „ea quidem — intercedere."

2) Vinnius ad Inst. lib. II. tit 10. § 3. nr. 7.

lungen, die Justinian anführt 1). Darauf bezieht sich ferner am Schlusse die Redensart: et *naturae* medemur. Auch die Notariatsordnung drückt sich über diesen Punct so aus, daß man sieht, sie gestatte, unbeschadet der Gültigkeit des Testamentes, nur solche nothwendige Zwischenhandlungen und Unterbrechungen, die den körperlichen Zustand und die Leibesnothdurft des Testirers und der Zeugen zunächst betreffen.

§. 7. — „alsdann desselben Tages und Zeit, ohne daß einige andere auswendige Handlung oder Weile, dann allein der Leibesnothdurft halben geschehe und klein — wer.“

§. 9. — „zu einer Zeit und an einer Statt, also, daß kein ander Zeit, dann die-klein wer und aus Nothdurft der Natur sich begebe, dazwischen falle.“

Hieraus folgt, daß alle Unterbrechungen und Zwischenhandlungen, die durch andere Zeitumstände und Verhältnisse herbeigeführt worden sind, sie mögen nun noch so unvermeidlich und geringfügig gewesen sein, der Gültigkeit des Testamentes schaden. Denn sie betreffen nicht zunächst des Leibes Nothdurft, sind nichts *ad ipsum corpus respiciens.* So z. B. wenn der Testirer selbst, oder einer der Zeugen während des Testiractes durch dringende Dienst- und Amtsverhältnisse vielleicht nur auf eine ganz kurze Zeit abgerufen wird, oder wenn durch plötzlichen Feuerlärm, welcher jedoch nicht zunächst den versammelten Zeugen und dem Testirer für ihre Personen Gefahr droht, ein Auseinanderlaufen der Zeugen bewirkt wird. Eine Ausdehnung desjenigen, was Justinian und die Notariatsordnung lediglich von der Leibesnothdurft bestimmt, auf andere Zufälle und unvermeidliche Ereignisse wird zwar

1) Verb.: id est, vel victus — testatori vel testibus.

fast allgemein angenommen [1]), aber läßt sich nicht rechtfertigen. Denn sie widerspricht den klaren Worten der Gesetze. Diese müssen auch aus zweifachem Grunde strict interpretirt werden. Denn theils enthalten sie etwas Besonderes, eine Art Privilegium für gewisse Umstände, theils erscheinen sie, im Verhältnisse zu dem früher geltenden strengen Prinzipe, welches nach Justinians eigener Angabe im Anfang der Constitution, unmittelbar vorher im römischen Rechte gegolten, als correctorische Gesetze.

Soll aber eine, die Leibesnothdurft der Zeugen oder des Testirers betreffende Unterbrechung unschädlich sein, so muß sie zweitens auch nicht zu groß, zu bedeutend sein, d. h. nicht zu lange dauern. Das erklärt theils Justinian in den Worten: „si quidem ex *brevi temporis intervallo* necessitas potest transire — verglichen mit den gleich darauf folgenden Worten: „sin autem *longiore spatio* refectio fortuiti casus indigeat," theils hebt es noch schärfer und bestimmter hervor die Notariatsordnung, welche in den beiden, so eben abgedruckten Paragraphen ausdrücklich hinzufügt: „und klein wer". Nur freilich findet sich keine genauere Bestimmung darüber, welche Unterbrechungen und Zwischenhandlungen als kleine, welche dagegen als große und bedeutende zu betrachten seien. Auf keinen Fall dürfen sie von der Art sein, daß in Gefolge davon, das Testiren sich von dem einen Tage in den andern hinüberzieht. Denn sonst ist nicht *uno eodemque die* das Testament errichtet [2]); und daß von dieser Einheit des Tages etwas

1) Z. B. Voet Comm. ad Pand. lib. XXVIII. tit. 1. §. 4. welcher zwar richtige Beispiele anführt, aber doch die Regel viel zu weit faßt. Perez ad Cod. lib. VI. tit. 23. nr. 7. Hofacker Princ. §. 1261. Thibaut §. 692. Schweppe a. a. O. §. 815. Seuffert a. a. O. §. 524. v. Wening-Ingenheim a. a. O. B. V. §. 50.

2) S. oben §. 3.

nachgelassen werden solle, wird nirgends bestimmt. Aber außerdem kann die Beurtheilung im einzelnen Falle wohl nur dem vernünftigen, billigen richterlichen Ermessen überlassen bleiben.

Endlich muß dritens sogleich nach Beendigung der nothwendigen Unterbrechungshandlung mit dem Testiren fortgefahren werden da, wo man bei dem Eintritt der Unterbrechung stehen geblieben war. Denn jede längere Zögerung wäre ja sonst eine unnöthige.

Unter den angegebenen Voraussetzungen schaden die Unterbrechungen nichts und es ist namentlich dabei einerlei, ob, in Gefolge davon, der Testirer und die Zeugen während derselben beisammen bleiben, z. B. weil der Testirer nur einige Zeit ausruhen, oder Arznei oder eine sonstige Stärkung nehmen muß, oder ob sich der Testirer oder die Zeugen eine Zeitlang zum Zweck der Befriedigung irgend einer Leibesnothdurft, die nach der Natur der Sache oder nach den Regeln des Anstandes nicht füglich an Ort und Stelle geschehen kann, entfernen müssen. Hervorgehoben wird noch von Justinian besonders, wenn ein Zeuge oder mehrere derselben, wegen plötzlichen Übelbefindens sich eine Zeitlang entfernen müssen und dabei ausdrücklich, als Beispiel, des speciellen Falles gedacht, den schon die Kaiser Diocletian und Maximian entschieden hatten, wenn ein Zeuge von der Epilepsie, dem *morbus comitialis* befallen wird [1]). In allen solchen Fällen soll dann die Rückkehr des Zeugen abgewartet werden. Sollte sich jedoch dieselbe zu lange verzögern, z. B. indem das Übelbefinden des abgetretenen Zeugen sich nicht sogleich geben will, oder ist der Testirer so schwach, daß Gefahr bei jedem weiteren Verzuge eintritt, indem man mit der Beendigung des Testamentes eilen muß, damit er nicht etwa darüber wegstirbt: so sollen andere

1) Verb.: licet morbus comitialis caet.

Zeugen herbei geholt, und den Ausgebliebenen substituirt werden. Diese neu Hinzugekommenen müssen dann bei ihrem Eintreten sowohl den Testirer als die übrigen, gebliebenen Zeugen fragen, — ab eo vel ab eis tam testatorem, quam alios testes sciscitari — ob derjenige Theil des Testiractes, der vor der eingetretenen Störung Statt gefunden, gehörig vor ihnen und in ihrer Gegenwart vor sich gegangen ist. Wird dieses von dem Testirer und den übrigen Zeugen bejaht, so soll nun ohne weiteres im Testiracte da fortgefahren werden, wo man bei der Störung durch das Abtreten des einen Zeugen stehen geblieben war [1]).

Aus dieser Entwickelung des Inhaltes von Justinians neuester Verordnung, in Verbindung mit dem, was oben über den wahren Sinn der c. 8. C. 6, 23. gesagt worden ist, ergiebt sich nun scho nvon selbst, wie dasjenige, was man gewöhnlich unter dem Namen *testamentum pestis tempore conditum*, als privilegirtes Testament anführt, eigentlich gar nicht in die Classe solcher privilegirter Testamente gehört. Denn es ist dasjenige, was in jener Constitution von Diocletian und Maximian gestattet wurde, nichts weiter, als eine Anwendung der von Justinian späterhin aufgestellten allgemeinen Regel auf einen speciellen Fall der Art. Will man aber in der ganzen Verordnung Justinian's, wie sie hier erklärt worden ist, etwas Privilegirtes und Besonderes finden, was gewissermaßen wirklich sich behaupten läßt, so muß man consequenterweise in allen den Fällen, in welchen durch die const. 28. von Justinian an der sonstigen Strenge der vorgeschriebenen unitas actus etwas nachgelassen ist, von einem privilegirten Testamente reden.

III. Endlich liegt eine allgemeine Modification der gesetzlich vorgeschriebenen Einheit des Testirens in dem Inhalte des fr. 183. D. 50, 17.

---

1) verb.: Sin autem longiore caet.

MARCELLUS lib. 3. Dig.

„Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est.“

Wenn nämlich in Puncten, wo die const. 28. C. 6, 23. nicht schon im Allgemeinen eine Milderung eingeführt hat, die Einheit der Testirhandlung durch kleinere unbedeutende Unterbrechungen, die entweder nicht ganz nothwendig waren, oder zwar nothwendig waren, aber nicht die Leibesnothdurft betrafen, gestört worden ist, so wird der Richter, bei nachheriger Beurtheilung und Prüfung der Gültigkeit des Testamentes, sich darüber hinaussetzen dürfen, falls nur in concreto evidente Billigkeitsgründe dafür sprechen. Aber freilich welche Störungen und Unterbrechungen der Art dann als kleine und unbedeutende zu betrachten, und welche Billigkeitsgründe unter den Begriff der evidens aequitas zu bringen, das ist eine sehr intrikate Frage, die sich schwerlich im Allgemeinen beantworten läßt. Denn es wird dabei fast alles dem vernünftigen richterlichen Ermessen, der Beurtheilung der Umstände jedes einzelnen concreten Falles, überlassen bleiben. Daß es übrigens solche Fälle giebt, leidet keinen Zweifel und wenn man dieses leugnen und consequent durchführen wollte, würde man zu den absurdesten Resultaten gelangen.

§. 6.

Allgemeine Schlußbemerkung.

An das Bisherige schließt sich zuletzt noch sehr natürlich an eine practisch nicht unwichtige Untersuchung.

Es fragt sich nämlich, worin der eigentliche Testiract besteht, für welchen die unitas gesetzlich vorgeschrieben ist, also mit welchem Momente er beginnt, mit welchem er aufhört, indem nur für dasjenige, was zwischen jenen Zeitpuncten in der Mitte liegt, die Einheit bestimmt ist.

Oft [1]) behauptet man, die solenne Handlung des Testirens beginne mit der Rogation der Zeugen, so daß also, sobald diese erfolgt, alle spätere Unterbrechungen die Gültigkeit des Testamentes hindern. Allein das läßt sich nicht rechtfertigen. Denn die Rogation der Zeugen gehört nicht zu dem eigentlichen Testiracte selbst, sondern zu der persönlichen Befähigung der Zeugen, als solcher. Wie die Zeugen, ihren persönlichen Eigenschaften nach, fähig sein, wie sie freiwillig erscheinen müssen u. s. w., eben so müssen sie rogirt sein. So stellt es auch das römische Recht dar.

[2]) ULPIANUS lib. 2. ad Sab.

„In testamentis, quibus testes rogati esse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse *idoneos* placet.“

Wie wenig ferner die Rogation zum Testiracte selbst gehöre, beweist schon der Umstand, daß ja die Rogatio an die noch gar nicht versammelten Zeugen, gleich bei ihrer Einladung zur Versammlung, genügend geschehen kann und dann eben in der Bitte, sich, zum Zwecke des zu errichtenden Testamentes, zu versammeln, besteht. Sind so die Zeugen gleich zu diesem Zwecke beschickt und erschienen, so ist eine weitere Rogatio nicht mehr nöthig. Denn Ulpian fährt in jener Stelle so fort:

„quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.“

Damit stimmt auch ganz die Art und Weise, wie in der Notariatsordnung die Rogation der Zeugen erwähnt

---

1) So namentlich Seuffert Lehrb. d. P. R. §. 525. not. 17. Gewöhnlich läßt man sich auf die ganze Frage, so praktisch sie auch erscheint, weiter gar nicht tiefer ein.

2) fr. 21. §. 2. D. 28, 1.

wird [1]), überein. Namentlich im §. 7. wird die Rogation mitten unter den zu ihrer Befähigung nöthigen Eigenschaften der Zeugen erwähnt:

„vor sieben Zeugen, die darzu sonderlich zusammenberufen, oder gemanet und gebeten, auch der Leibeigenschaft frei, über 14 Jahr alt sein, u. s. w.“

Es ist daher nur zufällig, wenn zuweilen die Rogation gerade in den Anfangsmoment des eigentlichen solennen Testiractes fällt. Auch dürfen freilich mit dieser gewöhnlichen Rogatio Testium nicht verwechselt werden die *solennia verba*, welche sonst bei Errichtung des mündlichen Testamentes nöthig waren [2]) und von denen weiter unten die Rede sein wird. Diese gehörten allerdings wesentlich zu dem solennen Testiracte selbst, bestehen aber ganz getrennt von der gewöhnlichen Rogation für sich.

Wir müssen vielmehr, um den Anfang des eigentlichen Testiractes zu bestimmen, zwischen schriftlichen und mündlichen Testamenten unterscheiden.

1) Bei den schriftlichen Testamenten beginnt der solenne Testiract mit dem Vorweisen [3]) der eigentlichen Testamentsurkunde von Seiten des Testirers an die versammelten rogirten Zeugen und in der ausdrücklichen Erklärung des Testirers, daß diese Urkunde seinen testamentarischen letzten Willen enthalte. Hierauf nun unterschreibt der Testirer selbst und legt dann die Urkunde den Zeugen zum Siegeln und Unterschreiben vor. Vollendet ist dann der ganze Testiract, sobald der letzte Zeuge unterschrieben und gesiegelt hat. Dieses ergibt sich aus folgender Stelle:

---

1) R. O. v. 1512. Tit. v. Testam. §. 3. 7. u. 9.

2) c. 26. C. 6, 23.

3) Daß das Schreiben der Urkunde selbst nicht zur solennen Handlung gehört, wurde schon oben erwähnt, und ist aus c. 21. pr. C. 6, 23. bekannt.

[1]) „In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem, et testes adhibere, et dictare suum arbitrium, et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum, scriptumve *proferatur* testamentum, sufficiet uno tempore, eodemque die, nullo actu extraneo interveniente, testes omnes, videlicet simul, nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum. *Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus.*"

Offenbar wird hier bestimmt, daß das *proferre testamentum* den Anfang des Testiractes bilde, so wie das *subscribere* et *signare* das Ende desselben. Worin das *proferre* besteht, giebt dieselbe Constitution weiter oben noch genauer an.

Fast noch bestimmter spricht sich über diesen Anfang des Testiractes aus die Notariatsordnung [2]):

„Nunmehr die Form eines Testamentes in Schriften — ist also: Daß der, so sein Testament machen will, ein Schrifft, bezeichnet und verbunden — fürbringt und legt die dar — doch also, daß er offenbarlich ansage, daß solches, so er darlegt, sein Testament sei u. s. w."

2) Was das mündliche Testament betrifft, so bestand bei ihm der Anfang des solennen Actes früherhin in dem Aussprechen folgender solenner Worte, formalia verba, von Seiten des Testirers vor den versammelten rogirten Zeugen: *„ideo eosdem testes convenisse, quod sine scriptis suam voluntatem vel testamentum componere censuit"* [3]). Seitdem aber Justinian die Nothwendigkeit des Gebrauches dieser formalia

1) c. 21. pr. C. 6, 23.
2) Tit. vom Test. §. 7.
3) c. 26 C. 6, 23.

verba aufgehoben hat [1]), besteht wohl sicher der Anfang des Testiractes in dem begonnenen mündlichen Aussprechen des letzten Willens, und geendet ist der Act, sobald der Testirer mit seiner letztwilligen mündlichen Erklärung fertig ist [2]).

3) So nach römischem Rechte. Dagegen scheint es, daß die Notariatsordnung den Schluß, das Ende des eigentlichen Testiractes, sowohl für schriftliche, als für mündliche Testamente anders bestimmt und weiter hinaus geschoben habe. Die Notariatsordnung schreibt nämlich im Titel von Testamenten §. 5. vor:

> „Fürter, so ist auch in einem jeden Testament, ob es gleich nuncupativum als ohn Schrifft gemacht wäre, nöthig, daß alle Handlung, so zu solches Testamentes Auffrichtung ergangen und aufgeschrieben wären, vor dem Testirer und denen Zeugen, ehe denn sie von einander scheiden, vorgelesen werden."

Dieses Vorlesen des Notariatsprotocolles [3]) wird hier als ein integrirender, wesentlicher Theil zur Gültigkeit eines jeden, mit Zuziehung von Notarien errichteten Testamentes vorgeschrieben und schließt sich unmittelbar an die übrigen, schon im römischen Rechte vorgeschriebenen Förmlichkeiten an. Daß die s. g. *unitas loci, diei et temporis* sich mit auf dasselbe erstreckt, wird ausdrücklich von dem Reichsgesetze selbst ausgesprochen, durch die Worte: „ehe denn sie von einander scheiden". Allein eben deßhalb mögte auch wohl die *unitas actus* mit darauf zu beziehen sein und das Testament vor diesem geschehenen Vorlesen des Protocolles noch nicht als völlig solennisirt zu betrachten sein.

1) c. 26. cit. vergl. Marezoll in Grolman und Löhr Mag. für Rechtsw. u. Gesetzgeb. B. 4. H. 2. S. 169 u. f.

2) c. 26. cit. vergl. mit c. 21. §. 2. C. eod.

3) Es ist auffallend, daß diese ganze Vorschrift der N. O. fast überall ganz übersehen wird. Nur Muehlenbruch Doctr. Pand. §. 476. not 14. thut ihrer Erwähnung.

V.

Ueber die Regel: Dies interpellat pro homine.

Von dem

Herrn Oberappellationsrathe und Professor Dr. v. Schröter in Jena.

Schon in der griechischen Jurisprudenz des früheren Mittelalters findet sich die Ansicht, welche die spätere des Occidents, durch die Regel: Dies interpellat, oder: Dies interpellat pro homine bezeichnet hat. Den Schluß einer, auch von den Neueren für diese Lehre oft benutzten Digestenstelle aus

Pomponius, Lib. XXII. ad Sabinum [1]):

„Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum, constat. Sed quum quaeritur: an per te factum sit? animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit, nec ne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit, nec ne, *sed etiam, si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.*“

erklärt der Scholiast der Basiliken, Anonymos [2]), ganz im Sinne der späteren Zeit:

---

1) Fr. 5. Dig. de reb. cred.

2) Basil. ed. Fabrot. T. III. p. 245 Schol. i.

„Εὐλόγως δὲ ὀφείλων εἰδέναι τοῦ νομοθέτου ἀκούων λέγοντος, νόει μοὶ ὅτι καὶρος ῥητὸς ἔκειτο τῇ καταβολῇ, ὡς βιβ. μγ'. τιτ. έ. κεφ. ιβ'."

„Τυχὸν γὰρ ὑπο δήλην ἡμέραν ἐπηρωτήθη, καὶ ἐκ τότε δοκεῖ ὑπερτίτεσθαι, κἂν μὴ ἐγώ ἀυτὸν ὀχλῶ παρελθούσης τῆς ἡμέρας. Ουδὲ γὰρ ὀφειλεταὶ μοὶ τοῦτο πόιεῖν, ὅσπερ ὡρίσμενη ἦν ἡ ἡμέρα. Καὶ ζήτει βιβ. μγ. τιτ. έ. κεφ. ιβ. κὰι βιβ. νη. τιτ. κγ'. κεφ. γ'. θεμ. τελοστ. κὰι βιβ. ιθ. τιτ. γ'. κεφ. δ. θεμ. παρατ. καὶ τὸν Στέφανον."

„Τὶ γὰρ ὅτι ὑπο προθεσμίαν ἐχρεώστησε, κὰι παρῆλθεν ἀυτοῦ μὴ δόντος."

„Quod ait Iurisconsultus, propter quam scire debeat, sic accipe, *quod certum tempus solutioni adjectum esset*, ut Lib. 43. Tit. 5. Cap. 12."

„Fortasse enim *in diem certum* promiserat, et ab eo tempore in mora esse videtur, *etiam si eum non interpellavero, postquam dies exiit. Nec enim hoc me facere oportet* [1]), *quia dies certus erat.* Et quaere Lib. 43. Tit. 5. Cap. 12. Lib. 58. Tit. 23. Cap. 3. Them. ult. Lib. 19. Tit. 3. Cap. 4. Them. penult. et Stephanum."

„Fortasse in *diem certum* debebat, et *exierat nec solverat.*"

Fast gleichlautend erläutert der Scholiast des Harmenopulus [2]) den Grundsatz, daß die Wirkung der Lex commissoria, auch ohne Interpellation, mit dem bloßen Eintritte des Dies erfolgt:

„Ὅτι ὁ ὑπὸ προθεσμίαν ὁμολογῶν ὀυκ οφέιλει ἀναμένειν ὀχλήσιν, ἐπει διδῶσι τὴν ὡμολογημενην ποινήν. Μάθε κανονικῶς, ὅτι ουδεὶς ὑπο ἡμέραν τί ὀφείλοντων

1) Bei Fabrot: „hoc mihi facere licet."

2) Lib. III. Tit. III. §. 43. Meerm. Thes. T. VIII. p. 171.

παρασχεῖν συγγιγνώσκεται μὴ καταβάλων, ἐὰν λέγῃ, ὅτι διὰ τοῦτο οὐ κατέβαλον, ἐπειδὴ μὴ ὑπεμνήσθην. Ὁ γὰρ ὑπὸ ἡμέραν ὀφείλων, ἑαυτὸν ὑπομνήσκειν ὀφείλει, καὶ τὴν τοῦ κρεδιτωρος μὴ περιμένειν ὑπόμνησιν, ὡς ἐστι καὶ ἀλλαχόθεν πολλαχοῦ μαθεῖν."

„*Quoniam qui ad diem solvere promisit, interpellationem exspectare non debet*, alioqui conventam luit poenam. Disce *regulariter*, neminem eorum, qui quid ad *certum diem* praestare debent, excusari si non solvat, dicendo: idcirco non solvi, quod monitus non fui. *Qui enim ad diem debet, ipse monere se debet, neque creditoris commonitionem exspectare*, quemadmodum ex aliis quoque multis locis discere licet."

Über die Gründe ihrer Ansicht sprechen sich beide Scholiasten sehr unvollständig aus. Der erste nur durch Verweisung auf andere Stellen der Basiliken, welche wir nicht mehr besitzen, der letztere, durch eine oberflächliche Bemerkung, die man unmöglich als einen Rechtsgrund anerkennen kann. Dessen ungeachtet machen beide es wahrscheinlich, daß auch hier, wie später im Occident, Justinians Constitution [1]) über den Einfluß des Dies auf die Poenalstipulation die unmittelbarste Veranlassung gegeben. Am deutlichsten spricht hierfür die Übereinstimmung des von dem Scholiasten des Harmenopulos angeführten Grundes, mit den Schlußworten der Constitution:

„cum ea, quae promisit, ipse *in memoria sua servare*, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere."

und die Verwandtschaft dieser mit den Schlußworten des Pomponius, auf welche sich der Scholiast der Basiliken bezieht.

Eine, etwas verborgenere Hinweisung auf die Constitution scheint auch in der wiederholten Beziehung des letzteren

---

1) L. magnam. 12. Cod de contrah. et comm. stipul.

auf Lib. 43. Tit. 5. Cap. 12. zu liegen. Denn, daß die Constitution gerade in diesen Titel aufgenommen war, wird dadurch wahrscheinlich, daß theils das drei und vierzigste Buch der Basiliken überhaupt von den Stipulationen handelte, theils, nach Fabrots Restitution aus der Synopsis zu schließen, vorzugsweise die Constitutionen des Codextitels de contrah. et committ. stipul. den fünften Titel desselben gebildet zu haben scheinen.

Noch mehr vermißt man bestimmte Aufschlüsse über den Zusammenhang der griechischen Jurisprudenz mit den späteren Ansichten der Glossatoren. Denn so gewiß es ist, daß diese die Griechen nicht kannten, so auffallend ist oft die Übereinstimmung ihrer Ansichten bei Gegenständen, über welche die Späteren wieder getheilt sind. Eine nähere Vergleichung der glossatorischen und der griechischen Dogmatik, würde zu interessanten Resultaten führen. Das Verbindungsglied zwischen beiden dürfte aber in der Übereinstimmung der alten orientalischen und occidentalischen Praxis, welche dort früher, hier später in die Wissenschaft überging, zu suchen sein.

Jedenfalls ist entschieden, daß die Glossatoren, auch in dieser Lehre, ganz die Ansichten der Griechen theilten. Schon Fr. 9. §. 1. Dig. de Usur. erklärt Accursius durch:

> „Interpellari enim videtur *ipsa die constituta*, ut C. de contrah. et committ. stip. magnam."

Später gedenkt er, bei der ausführlicheren Entwickelung der Entstehung der Mora [1]), auch der Interpellation „per diei appositae lapsum", mit Beziehung auf L. Si fundum, 114. Dig. de V. O. und L. Magnam Cod. de Contrah. et comm. stip. Die L. Trajectitiae [2]) erklärt er wieder durch den Grundsatz: Dies interpellat, mit Beziehung auf sie selbst und L. Magnam.

---

1) Gl. ad L. Mora. 32. Dig. de usur.

2) Gl. ad L. Trajectitiae. 23. Dig. de O. et A.

Von ihm aufwärts findet sich dieselbe Ansicht schon bei Azo [1]), dessen Darstellung Accursius bei der L. Moram. Dig. de Usur. wörtlich gefolgt ist; ebenfalls mit Rücksicht auf L. Si fundum und L. Magnam. Dann bei Placentinus [2]) mit Bezug auf die letztere, und bei Rogerius [3]) in zwei Stellen. Zunächst in der Andeutung, Nr. 27:

„Alii dicunt esse die apposita, quam semper in memoria potest habere promissor; alii de interpellatione, a qua semper cavere non potest."

ganz übereinstimmend mit Azo's: „Cum intelligat, se debere". Dann geradezu, mit einer Hinweisung auf Jacobus, aus welcher hervorgeht, daß auch dieser den Ablauf des Dies der Interpellation gleichstellte. Dieselbe Ansicht darf daher auch in den handschriftlich erhaltenen Distinctionen des Hugo [4]), und in den ungedruckten Glossen des Irnerius vermuthet werden.

So entschieden nun auch wohl die Mehrzahl der Glossatoren über die Regel war, so tritt doch, in der hervorgehobenen Andeutung des Rogerius, schon unter ihnen sichtbar eine entgegengesetzte Ansicht hervor. Bemerkenswerth ist auch, daß die Vertheidiger der Regel [5]), schon jetzt, wie die Grie-

1) Summa in Cod. Tit. In quibus causis in integr. rest. necess. non est. Basil. 1572. fol. p. 127. „Quia mora fit iure communi, cum quis maior XIIII annis, interpellatus per diei appositae lapsum — cum intelligat, se debere, vel se teneri debuit intelligere."

2) Summa in Cod. Tit. de contrah. et comm. stip. Moguntiae. 1536. fol. p. 401. „Similiter in diem stipulatio post diem committitur, etiam sine interpellatione, ut C. l. magnam."

3) De dissensionibus dominor. ed. Haubold. Nro. 27. a. E. Nro. 28. p. 13. „Quum etiam dies habeatur pro interpellatione." Der Schluß von Nr. 27. gehört wohl nicht, wie Haubold meint, zu Nr 28, sondern zu Nr. 26. a. E.

4) Dist. 64. Mora fit quandoque iure communi. v. Savigny Gesch. des R. Rechts im M. A. Bd. 4. S. 419.

5) Accursius, Azo, Rogerius.

chen, ihre Ansicht auf den, aus der L. Magnam entlehnten, bei den Späteren fast immer wiederkehrenden Grund bauen: daß der Eintritt des certus Dies den Schuldner so genügend an seine Verbindlichkeit erinnere, daß es der besonderen Mahnung des Gläubigers nicht bedürfe.

Bei den unmittelbaren Nachfolgern der Glossatoren scheint die Beschränkung der Regel auf den Fall der Poenalstipulation vorherrschend geworden zu sein. Odofredus [1]) erblickt in der L. Magnam eine ganz neue Bestimmung. Vor ihr habe man den Schuldner, auch bei der stipulatio in *diem certum* sub *certa poena* mahnen müssen; jetzt sei dies nicht mehr nöthig: „quia dies pro homine interpellat. Ipse enim scivit, se meum debitorem, et ideo non debuit exspectare ut admoneretur," mit Beziehung auf die L. Trajectitiae. Eben so erkennen Petrus a Bellapertica [2]) und Cinus [3]) die Regel nur bei verabredeter Pön an; Albericus de Rosate [4]) dagegen wieder allgemein.

Die Scholastiker wiederholen sämmtlich, ohne Einschränkung, die alte Lehre: Bartolus [5]), Baldus [6]), Bartholomäus Salycetus [7]), Raphael Fulgosius [8]),

1) Super Cod. ad L. Magnam.
2) Nach der Angabe von Contius Opp. p. 544.
3) Super Cod. ad L. Adolescentiae. 2. in quib. caus in integr. rest. necess. non est. L. Magnam. Auch Dinus, den ich nicht vergleichen konnte, scheint, nach Angaben, die ich bei Anderen gefunden, dieser Ansicht gewesen zu sein.
4) Super Dig. nov. ad L. Quotiens in diem 59. de V. O. Nr. 6.
5) Comment. ad Dig. vetus L Quod te mihi 5 de rebus cred. L. Promissor 21. de const. pecun. L. Quotiens in diem cit. Com. ad Cod. L. Magnam.
6) Comment. ad Dig. vetus. L. Vinum. 22. de reb. cred. L. Mora 32. de usur. Comm. ad Cod. L. Magnam.
7) De mora. In praeambulo. Tr. Tract. Tom. VI. P. II. p. 411., mit Beziehung auf: L. Traiect. L. Quotiens in diem. L. Magnam. L. In emphyteuticariis. 2. Cod. de iur. emph. Comm. super Cod. L. Magnam.
8) Comment. in prim. part. Dig. L. Evictis. 18. L. Mora 32. de usur.

Joannes ab Imola [1]), Paulus de Castro [2]). Dann: Alexander Tartagnus [3]), Franciscus Accoltus [4]), Antonius Baverius [5]), Felinus Sandeus [6]), Bartholomäus Socinus [7]), Jason Maynus [8]), Philippus Decius [9]), Alciat [10]), die italienischen Praktiker [11]).

Wohin sich aus Italien die Lehren der Glossatoren und der Späteren verbreitete, da darf auch, wenigstens in der Theorie, der Grundsatz: Dies interpellat pro homine erwartet werden. Die Zeugnisse dafür beginnen jedoch, so weit sie hier verfolgt werden konnten, wie die lebendigere

1) Comment. in Infort. L. Si mora 9. Soluto matr.

2) Lectura sup. sec. part. Dig. nov. L. Si ex legati causa. 23. L. Quotiens in diem. 59. de V. O. Consil. Lib. II. Cons. 88. Nr. 1.

3) Comment. sup. Dig. vet. L. Vinum. 22. de reb. cred. Sup. Dig. nov. L. Quotiens in diem. de V. O. Consil. Lib. III. Cons. 125. Nr. 6

4) Comm. sup. Infort. L. ult. Quando dies legati.

5) De mora. Pars II. Nr. 1. Tr. Tr. Tom. VI. P. II. p. 408. L. In emphyteut. L. Magn.

6) Comm. in Decret. Greg. IX. c. Licet 31. de simonia. Basil. 1557. p 1000.

7) Comm. in sec. part. Dig. vet. L. Vinum. L. Quod te. 5. de reb. cred.

8) Comm. sup. Dig. vet. L. Quum quid 3. de reb. cred. Sup. Infort. L. Si mora. 9. Soluto matr. L. Si ex leg. causa 23. L. Ad diem. 77 de V. O.

9) Sup. Dig. vet. L. Vinum. Nr. 9. 10.

10) Comm. in Tit. Dig. de V. O. L. Quotiens in diem. L. Ad diem. Opp. T. II. p. 494. p. 555. §. ult. J. de inutilib. stip. L. Promissor. 1. §. 1. Dig. de const. pec. L. Evictis. 18. Dig. de usur. L. Si ita. 135. Dig. de V. O. L. Magnam.

11) Math. de Afflictis Decis. Neapol. Dec. 150. Nr. 34. Dec. 399. Nr. 12. Dom. Card. Tuschi Pract. Conclus. T. V. Concl. 373. Nr. 41. Alex. Trentacinquius Resol. pr. Lib. III. Res. 33. Menochius de arbitr. iud. Lib. II. Cas. 220. Nr. 46. 47. 95.

Bearbeitung des Civilrechts außer Italien überhaupt, erst mit dem sechzehnten Jahrhunderte.

In Frankreich mußte der Grundsatz mindestens schon durch Lehre und Schriften Placentin's bekannt geworden sein. Im sechzehnten Jahrhunderte war er bei den Romanisten sehr verbreitet. Johannes Saporta [1]) entlehnt ihn von den Bartolisten. Auch Corasius [2]), Duarenus [3]), Forcatulus [4]), Hotomannus [5]) wiederholen ihn ohne Prüfung.

Indessen hatte schon früher Petrus a Bellapertica den richtigeren Standpunct bezeichnet, und dieser Widerspruch wurde nun von Neuem nachdrücklich erhoben.

Aemilius Ferretus beginnt seine Abhandlung über die Mora sogleich mit einer allgemeinen Erklärung gegen die Methode seiner Vorgänger, die mehr im Nachlesen und Nachschreiben fremder Meinungen, als eigenem Quellenstudium bestanden. Später [6]) erklärt er sich insbesondere gegen die Regel: Dies interpellat pro homine. Man berufe

---

1) Tr. de mora. Cap. I. Nr. 14. Cap. II Nr. 52. 53. Tr. Tract. T. VI. P. II. p. 417. b. 418. b. Auch hinter Abumarus de mora. Jenae 1608. 12. Beweisstellen: L. Magnam. L. Trajectitiae, L. Celsus. 23. Dig. de recept. L. Uxori suae 1. Dig. de penu leg. L. Cum stipulatus sim 115. Dig. de V. O. Cap. Potuit 4. X. de locato et cond. Cap. Licet canon. 14. in VI. de electione.

2) Ad. Tit. Dig. de V. O. L. 23. L. 77. Opp. T. I. p. 1018. p. 1067 1088. Bew.: L. Magnam. L. Aemilius. 38. Dig de minorib.

3) Comm. ad Tit. Dig. de stipul. servor. Cap. VIII. Opp. Lugd. 1584. p. 1080.

4) Tr. de mora. Pars. I. Nr. 7. P. III. Nr. 4. Tr. Tract. eod. p. 422. b. 429.

5) Disput. de mora. Cap. II. §. 9. Epitomator. in pand. Lib. XXII. Nr. 56. Consil. XXXIII. 16.

6) Tr. de mora. Nr. 10—13. Tr. Tract. eod p. 415. b. In Opp. Frankof. 1598. 4. p. 155.

sich dafür: auf L. Vinum. 22. L. Quotiens in diem. 59. L. Ad diem. 77. Dig. de V. O. L. Magnam. L. 2. Cod. de iure emphyt., und nehme nur Anstoß, Theils daran, daß der Dies, in favorem promissoris hinzugefügt [1]), nicht zu dessen Nachtheil dienen könne [2]), theils an Cap. Quoniam 5. §. Porro 1. X. Ut lite non contest. Diese Bedenklichkeiten könnten zwar beseitigt werden, dessenungeachtet sei aber die Ansicht der Italiener, welche man in Frankreich nie befolgt, nicht richtig [3]). Die Stellen enthielten nur den Grundsatz: daß bei der Obligatio in Diem *sub poena*, die Conventionalstrafe mit dem Ablaufe des Dies wegfalle. Das letztere sei eine Wirkung des Vertrags, nicht der Mora, die auch bei der Obligatio in Diem nur durch Interpellation bewirkt werde. Denn:

1. Sage die Hauptstelle über die Entstehung der Mora, L. Mora. 32. Dig. de usur.: „moram fieri *ex persona*", und L. In minorum 3. Cod. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est. bezeichne es als eine besondere Begünstigung der Minderjährigen, daß bei ihren Forderungen, durch den bloßen Ablauf des Dies, *mora ex re* eintrete;

2. Werde dem Dies in keiner Stelle die Wirkung der Mora beigelegt, dieselbe aber

3. In der L. Trajectitiae, ungeachtet des beigefügten Termins, erst durch die Interpellation bewirkt. Eine Ausnahme bei der Obligatio faciendi L. 8. Dig. Si quis caut.

---

1) §. 2. Inst. de V. O. L. 70. Dig. de solut. L. 17. Dig. de R. J.

2) L. 6. Cod. de legib.

3) „Ceterum numquam mihi placuit Italorum sententia, qui discesserunt a vestratibus. Crediderunt enim veteres Galli, etiam in obligatione facta in diem necessariam esse interpellationem. Responderunt contrariis, poenam deberi a consensu, non autem a mora. Eius rei est illud argumento, quod nunquam poena sine consensu a mora debetur. etc."

In Frankreich hatte mithin der Streit zunächst nur theorethischen Werth, und hätte höchstens für die Pays de droit écrit auch praktische Bedeutung erhalten können. Die Praxis erforderte jedoch, zur Begründung der Mora, auch beim Dies certus entschieden Interpellation. Nur der Verfall der Conventionalstrafe wurde als unmittelbare Wirkung des letzteren anerkannt. Dies bestätigen auch andere Zeugnisse. So bemerkt Raguellus [1]), daß man in Frankreich, ungeachtet Justinians ausdrücklicher Erklärung, nicht einmal die Privationsstrafe der L. 2. Cod. de iure emph. ohne Interpellation eintreten lasse, und Mornácius [2]), daß man nicht einmal den Minderjährigen den ihnen in L. 3. Cod. cit. eingeräumten Vorzug zugestehe. Ja es ist bekannt, daß die Regel in Frankreich nie dauernden Eingang gefunden hat, und noch jetzt nicht gilt [3]).

Die Praxis beseitigte indessen auch hier keineswegs den theoretischen Streit. Dieser gelangte vielmehr erst jetzt, nachdem Ferretus sich erhoben, zu rechter Lebendigkeit. Die späteren Civilisten des sechzehnten Jahrhunderts theilten sich in zwei Hälften, ja den größten trifft auch hier wenigstens der Vorwurf äußerer Inconsequenz. Da jedoch auch

---

1) Ad L. 2. Cod. de iure emphyt. S. Perez Prael. ad Cod. Tit. de contrah. et comm. stipul. Nr. 25.

2) Observ. in Dig. L. 32. de usur. In Cod. L. Magnam.

3) Merlin Répertoire: Demeure und Intérêt. §. IV. Des Intérêts iudiciaires. Warnkoenig Comm. iuris rom. priv. T. II. §. 512. Not. 7. Cod. civil. Art. 1139: „Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle poste que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.“ Dazu die Note bei Pailliet manuel du droit français. Ed. VII. Paris 1826. p. 411. Toullier, auf welchen sich Warnkönig bezieht, habe ich nicht einsehen können.

das theoretische Übergewicht auf Seiten der richtigen Ansicht war, so mögen die weiteren Vertheidiger der letzteren zunächst genannt werden.

Schon Goveanus [1]) scheint, so dunkel er sich ausspricht, seinem Lehrer Ferretus gefolgt zu sein. Ausführlich vertheidigt ihn Contius, ebenfalls mit Beziehung auf die alte französische Lehre, von welcher sich die Italiener ohne Grund getrennt hätten [2]). Denn:

1. Sei die Interpellation in L. Mora. Dig. de usuris. L. Si ex leg. causa Dig. de V. O. Pauli Sent. Lib. III. tit. VIII. §. 4. als durchgreifende Regel bezeichnet, welche in L. 24. Dig. de V. O. nur zu Gunsten der Pupillen beschränkt werde.

2. L. 49. §. ult. Dig. de V. O. L. 8. Dig. de in litem iur.

3. Bei bedingter Obligation sei Interpellation erforderlich, L. Si penum. 24. Dig. Quando dies leg. ced. Da nun solche Obligationen immer, nach eingetretener Bedingung, als pure geschlossen betrachtet würden, L. Si pupillus Dig. de cond. instit., wie die sub Die nach dessen Eintritt, so müsse auch bei dieser, wie bei jeder anderen Obligatio pura, Interpellation erfordert werden.

4. Zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt, L. Eum qui. 41. §. ult. Dig. de V. O., könne der Dies nicht zu dessen Nachtheil benutzt werden. L. Quod favore Cod. de LL. L. Nulla. D. de LL.

5. Da die Gläubiger noch nicht am Tage der Fälligkeit, sondern erst am folgenden Befriedigung fordern können, so

1) Comment. ad L. 89. Dig. ad L. Falcid.

2) Tract. de divers. morae generib. Cap. IV. In Opp. stud. et dilig. Edm. Merillii. Paris 1616. 4. p. 542—46. „Sane nova non est haec nostra sententia, sed veterum Gallorum, a qua temere Itali discessionem fecere, ut notat Ferretus, qui idem ut nos sentit."

würde, wenn der Dies selbst interpelliren sollte, gegen L. 49. §. 3. Dig. de V. O., der Interpellatio ante diem Wirksamkeit beigelegt werden.

6. Kein Gesetz, welches dem Dies als solchem die Wirkung der Interpellation beilege. Die gewöhnliche Regel: Dies interpellat pro homine sei nur eine Abkürzung für: D. i. cum *conditio* et *poena* additur. Petrus a Bellapertica und Cinus zu L. Magnam.

7. Vor der L. Magnam sei, wie Justinian selbst angebe, und L. Trajectitiae. L. 4. §. ult. Dig. de leg. comm. bestätigten, ausser bei der stipulatio usurarum, L. 9. §. 1. Dig. de usur., immer Interpellation erforderlich gewesen. Die L. Magnam habe dies lediglich rücksichtlich des Verfalls der Conventionalstrafe geändert. Die Schlußworte der Constitution könnten um so weniger entscheiden, als dasselbe sonst auch bei blos sub die, ohne Pöna, geschlossenen Obligationen gelten müßte, die Ratio dann aber weiter gehen würde, als das Gesetz selbst. Unpassend ziehe man L. 1. Dig. de aedil. ed. L. 1. §. 1. Dig. de actio. emt. hierher. Nicht besser könne man sich

8. Auf L. 2. Cod. de iure emph., L. Trajectitiae., L. 135. §. 2. Dig. de V. O., L. 8. Dig. Si quis caut. iud. sist., L. 9. Dig. de usur., L. 37. Dig. Mandati, L. 21. §. 1. Dig. de const. pecunia, berufen. Eine Ausnahme: bei der Obligatio faciendi. L. 114. Dig. de V. O. [1]).

Guilielmus Barclajus tritt ebenfalls ausdrücklich als Vertheidiger des Ferretus auf, wiederholt aber im Wesentlichen nur die schon von diesem gebrauchten Gründe. Die Regel sei für die Interpellation. L. 32. Dig. de usur. L. 36. §. ult. Dig. de legat. I. L. 23. L. 49. §. ult. Dig. de V. O. L. 39. Dig. de solut. Die für die entgegengesetzte

---

1) Eben so schon Ferretus L. 8. Dig. Si quis caut. Opp. p. 163. Andere Ausnahmen: Cont. eod. Cap. V.

Ansicht angeführten Stellen handelten nur von Pönalstipulationen, bei welchen die Pön „propter *conventionem*", nicht „propter *moram*", mit dem Ablauf des Dies verfalle. Dies bestätige sich dadurch, daß hier keine Purgatio morä zuläßig sei, L. Traject. vers. de illo., und daß auch bei der Lex commissoria die Strafe nicht ex *mora*, sondern ex *contractu* eintrete, L. 2. L. 4. Dig. de lege comm., indem die Mora die Obligatio nicht auflöse, sondern perpetuire. Der Dies bewirke mithin nur den Verfall der Strafe, diese sei conventional, wie in L. Magnam, oder gesetzlich, wie in L. 2. Cod. de iure emphyt. Eine Ausnahme: bei der *Obligatio faciundi*, L. Trajectitiae. Zuletzt noch laute Klage über die immer mehr zunehmende Verbreitung der Irrlehre [1]).

Auch Charondas [2]) und Grangianus [3]) führen, bei ihrer Vertheidigung der richtigen Ansicht, in der Hauptsache, wieder nur die Gründe ihrer Vorgänger aus. Brissonius [4]) schließt sich, indem er nur „favore libertatis et minoris aetatis" Mora durch bloßen Zeitablauf annimmt, stillschweigend an.

Als unbedingte Vertheidiger der gewöhnlichen Ansicht sind dagegen schon oben Corasius, Duarenus, Forca-

---

1) Guil. Barclaius in Titulos Pand. de reb. cred. comment. L. 5. Otto. Thes. T. III. p. 830. 831 „Verum tamen tanta vis est praeiudicatae opinionis in contrarium, ut haec sententia jam fere in foro et iudiciis locum obtineat. Nam non solum veteres, sed etiam recentiores omnes interpretes celeberrimi communem sententiam amplectuntur. Itaque consentiens tot tantorumque virorum opinio efficit, ut locus sit communi sententiae: „communis error ius facit", L. 3. §. ult. Dig. de supell. leg."

2) πειθανων s. Verisimilium Lib. III. Cap. 10. de mora. Otto Thes. T. I. p 783. 784.

3) Paradoxa iur. civ. Cap. I. Dies pro homine non interpellat, nisi poena adjecta. Otto. Thes. T. V. p. 618.

4) De V. S. v. Mora.

tulus, Hotomannus bezeichnet worden. Aber auch auf dieser Seite beginnt eine neue Richtung mit Donellus [1].

Am vollständigsten entwickelt er seine Ansicht in der Abhandlung De mora. Zunächst im zweiten Capitel die allgemeine Lehre von der Interpellation. Dieser bedürfe es nur, wo kein anderer Umstand dem Schuldner über die Zeit, zu welcher der Gläubiger die Zahlung verlange, Gewißheit gebe. Daher nicht bei Obligationen, welchen, durch Übereinkunft der Contrahenten, eine certa dies *solutionis* gesetzt sei. „Supervacuum est enim moneri eum, ut solvat, qui intelligat se id facere debere, ita volente et iubente creditore" [2].

Nicht entgegen stehe: L. Nulla Mora. Dig. de R. J. „Nullam esse moram, ubi nulla petitio est," und L. Mora. Dig. de usur. L. Si ex leg. caus. Dig. de V. O. „Unum quemque ita moram facere, si interpellatus non solverit." Denn:

1. Müßten diese allgemeinen Erklärungen, wenn sie auch wirklich den Grundsatz enthielten, daß Mora nur durch Interpellation entstehe, doch auf Fälle beschränkt werden, wo es, um den Schuldner über die Zeit der Zahlung in Gewißheit zu setzen, der Interpellation bedürfe. Im entgegengesetzten Fälle sei sie überflüßig, wie auch die im aedilicischen Edict allgemein ausgesprochene Verbindlichkeit des Verkäufers zur Anzeige der Fehler, auf die nicht offenbar vor-

---

1) de Mora. Cap. II. III. Opp. prior. Frankof. ad M. 1589. 4. p. 61—71. Comm. ad Tit. Dig. de V. O. L. 23. L. 77. Comm. de iure civ. Lib. XVI. Cap. 2. ed. Bucher. §. 8. §. 9. T. X. p. 113—115. — Hilliger Donell. enucl. Lib. XVI. qs. 2.

2) L. 9. in f. L. 18. pr. Dig. de usur. L. 37. in f. Dig. mandati. L. 16. L. 21. §. 1. Dig. de const. pecun. L. 8. Dig. si quis cautionib. L. 114. L. 135. §. 2. Dig. de V. O. L. Magnam. L. 2. Cod. de iure emph.

liegenden beschränkt werde [1]). Die Interpellation sei ja auch nichts, als die Erklärung, daß man jetzt Zahlung verlange. Diese werde durch die Adjectio diei im voraus abgegeben, und das sei

2. Gerade der Zweck des Dies. Da nun dieser die Interpellation vertrete, so werde das ganze Verhältniß durch die gewöhnliche Regel: „Dies interpellat pro homine," nicht übel bezeichnet. Die citirten Stellen enthielten aber auch

3. Den oben vorausgesetzten Grundsatz nicht. Marcian führe, in der L. Mora, die Interpellation nur als eine der Thatsachen auf, durch welche der Schuldner in culpa versetzt, mithin mora ex persona begründet werde. Das „nulla petitio", in L. Nulla mora, beziehe sich nicht auf die Interpellation, sondern auf die Klagbarkeit der Forderung [2]).

4. Von dem Erfordernisse der Interpellation bei Obligationibus puris könne nicht auf alle andere Obligationen geschlossen werden. Nicht alle Obligationen hätten dieselbe Beschaffenheit, und nicht bei allen geschehe die Interpellation auf dieselbe Weise. So sei der Malae fidei possessor, weil er den Willen seines Gegners kenne, auch ohne dessen ausdrückliche Mahnung, in beständigem Verzuge, und da die Hinzufügung des Dies dem Schuldner dieselbe Kenntniß gebe, so müsse, nach dessen Ablauf, auch hier dasselbe angenommen werden.

Nach diesen Voraussetzungen spricht Er dann, im dritten Capitel, das Resultat aus: daß es der Interpellation nicht bedürfe bei Obligationen, in quibus certus dies *solutioni*, non *obligationi* gesetzt sei, während sie bei allen andern Obligationen, sie seien auf dare oder facere gerichtet,

1) L. 14. §. ult. Dig. de aedil. ed.

2) L. Si pupillus. Dig. de V. O. L. Certa. Dig. Si cert. pet. „Non est in mora etc."

oder sonst beschaffen, wie sie wollten, unerläßlich sei. Dies gelte daher namentlich bei bedingten Obligationen, und solchen, die obgleich pure concipirt, doch ihrer Natur nach einen gewissen Aufschub enthielten; bei diesen sei: „dies *obligationi* constitutus, ante quem actio non nascitur, non *solutioni*." Solche Obligationen erhielten, durch den Eintritt der Bedingung oder des Dies incertus, den Character der Obligatio pura [1]), welche, da bei ihr noch kein Dies solutionis bestimmt sei, der Interpellation bedürfe. „Omninoque sic definiendum est, nisi dies ad *solvendum* conventione utriusque constitutus erit, vel lege, vel testamento, a regula iuris recedi non oportere, nulla ut intelligatur mora ibi fieri, ubi nulla interpellatio est." Zuletzt noch eine weitere Begründung der Ansicht: daß auch bei Obligationibus faciendi, deren Erfüllung eine gewisse Zeit erfordern, zwar zur Begründung der Mora, ebenfalls Interpellation erfordert werde, dessen ungeachtet aber, nach dem bloßen Ablaufe der nöthigen Zeit, sogleich auf Präſtation des Interesses geklagt werden könne.

In den Commentarien vertheidigt Donellus, ohne zwischen Dies *solutioni* und *obligationi* dictus zu unterscheiden, schlechthin den Grundsatz: D. i. p. h. Marcian, L. Mora, stehe nicht entgegen: „Primum quia dies adiectus satis quotidie admonet et interpellat debitorem, ut est in L. Magnam; deinde quod illa verba: *„id est"*, ita accipienda sunt, quasi dictum esset, *utputa* seu *veluti*, ut est usus frequens ICtor. L. 7. §. 8. Dig. de pact." Zwischen der Wirkung des Dies adjectus und der förmlichen Interpellation, sei aber der Unterschied: daß dort die Mora, ohne Rücksicht auf Unkenntniß der Schuld, oder factische, der Erfüllung entgegenstehende Hindernisse, absolut eintrete, L. 77. Dig. de V. O., was hier nicht der Fall

1) L. Si pupillus. Dig. de Condit. instit.

sei. L. 21. Dig. de usur. Dies beweise, daß der Ablauf des Dies absolut Verzug begründe, indem die Poena nicht ohne Mora verfalle. L. 40. verb. *dicebam*. Dig. de reb. cred.

Donell's Unterschied zwischen Dies solutionis und obligationis soll sich auch bei Joannes Robertus finden [1]), den ich nicht habe nachsehen können. Anton Faber hat ihn aber entschieden nicht.

Daß Cujacius sich nicht selten an verschiedenen Stellen seiner Werke, ganz entgegengesetzt über denselben Gegenstand erklärt, ist bekannt. Diese anscheinende Inconsequenz beruht wohl mehr auf der vereinzelnden Methode des großen Mannes, als auf einer wirklichen Unsicherheit seiner Ansichten. So kann man, nach den vielen Stellen [2]), wo

1) Sententiar. L. II. Cap. 17.

2) Ad African. Tract. VII. L. 23. Dig. de Obl. et A. Opp. prior. ed. Fabr. T. I. p. 1451: L. Pecuniae. §. 1. Dig. de usur. Quaest. Papin. Lib. II. ad L. 1. Dig. de usur. Opp. post. ed. Fabr. T. I. p. 48. Comm. in Lib. XXIX. Pauli ad Ed. L. 17. Dig. de const. pec. Opp. post. T. II. p. 432: L. 77. Dig. de V. O. L. 53. Dig. de fideicomm. lib. L. Magnam. L. 2. Cod. de iure emph. Recitat. solenn. in Cod. L. 12. de contr. et comm. stip. Opp. post. T. V. p. 1313. 1314: Harmenopul. Lib. III. tit. 3. L. 9. §. 3. Dig. de admin. et pericul. tutor. Aus der Bestimmung der L. Magnam, daß die Pön durch den bloßen Ablauf des Dies, ohne Interpellation, verfalle, folge, da dies Wirkung der Stipulation, nicht der Mora sei, zwar die letztere an sich nicht; aber die Ratio der Constitution zeige doch, daß auch der bloße Ablauf des Dies die Mora begründe, L. 9. §. 1. Dig. de usur. L. 5. Dig. de reb. cred., nicht allein bei hinzugefügter Conventionalstrafe, wie in L. Traject. L. 77. Dig. de V. O., sondern auch ohne diese: L. 4. §. ult. L. ult. Dig. de Leg. Comm. L. 9. §. 1. Dig. de usur. L. penult. Dig. de naut. foen. L. 91. Dig. de V. O. L. 2. Cod. de iure emph. Die Stellen, welche allgemeine Interpellation erforderten, bezögen sich auf Oblig. sine die. Nicht entgegen: L. 49. §. ult. Dig. de V. O., da L. Traject. das Gegentheil enthalte. — Das Promptuarium des

er sie ausführlich vertheidigt, nicht bezweifeln, daß er die Regel: Dies interpellat, wirklich in ihrer ganzen Allgemeinheit für richtig hielt. Dessenungeachtet spricht er, wenigstens einmal, eben so entschieden die entgegengesetzte Ansicht aus [1]), widerlegt aber dann später [2]), zu der gewöhnlichen Lehre zurückkehrend, in denselben Vorlesungen, wieder den früher von ihm angegebenen Grund. Bemerkenswerth ist daher nur: daß sich auch bei ihm die Ansicht findet, der einzige Zweck des Dies sei, die Interpellation unnöthig zu machen [3]), daß er sich für die Regel schon auf Harmenopul bezieht, und daß er wiederholt des erst durch die L. Magnam entschiedenen Streits der Juristen gedenkt. Labeo habe immer Interpellation, und wo diese, wegen Abwesenheit des Schuldners u. drgl. unmöglich gewesen, statt ihrer, Erklärung vor Zeugen verlangt. L. 2. Dig. de naut. foen. Die Sabinianer, wie Julian und Africanus, L. Trajectitiae, wären für Dies interpellat gewesen; dafür habe sich auch Justinian entschieden [4]).

Unter den französischen Juristen des siebzehnten Jahrhunderts, finde ich keinen Vertheidiger der richtigen Ansicht. Für die gewöhnliche wieder Anton Faber [5]) und Osius

Albanensis, woraus sich, nach Thibaut, ergeben soll, daß Cujacius die Regel in mehr als hundert Stellen seiner Werke vertheidigt habe, war mir nicht zugänglich.

1) Recit. solenn. in Cod. Tit. de fideicomm. libert. Opp. post. T. V. p. 988. „Extra causas poenales dies non interpellat pro homine, ut demonstrat. l. cum filiusfam. §. ult. Dig. de V. O., quae ex contrario sensu demonstrat, post diem esse necessariam interpellationem, ut reus constituatur in mora.

2) Recit. solenn. in Cod. L. 12. cit.

3) Quaest. Papin. cit.

4) Ad African. Recit. solenn. in L. 12. Cod. l. c.

5) Coniect. iur. civ. Lib. VI. Cap. VII. Nro. 3. Cod. def. forens. Lib. IV. Tit. 2. Def. 9. Not. 3. Tit. 24. Def. 31. Hier: L. 42. L. 77. L. 114. Dig. de V. O., und: dissentit Bachov.

Aurelius [1], der letztere ebenfalls mit Beziehung auf Harmenopul.

Unter den spanischen Civilisten ist Retes [2] Anhänger der gewöhnlichen Lehre. Unter den portugisischen beschränkt Barbosa [3] die Mora ohne Interpellation auf die in L. 3. Cod. in quib. caus. in integr. rest. necess. n. e. genannten Fälle.

In den Niederlanden schließt sich die Mehrzahl der Juristen wieder an die Regel. Man findet aber auch hier, nicht allein ähnliche Gegensätze, wie in der französischen Schule, sondern noch mehr einen fortwährenden Vertheidigungszustand gegen die richtige Lehre. Wurde dort die Regel verhältnißmäßig mehr angegriffen, als von ihren Anhängern vertheidigt, so zeigt sich hier das umgekehrte Verhältniß. Wenige niederländische Juristen haben den Gegenstand berührt, ohne eine erneuerte Rechtfertigung der Regel gegen die abweichende Ansicht für überflüßig zu halten. Diese fast ängstliche Sorge scheint anzuzeigen, wie wenig man der Sache vertraute, und wie sehr das Übergewicht des Gegners gefürchtet wurde.

Die alten niederländischen Praktiker, wie Christinäus [4] und Groenewegen [5], sind über die Regel einig. Ausführlich vertheidigt sie, in einer besonderen Abhandlung, zuerst Bronchorst [6], aus den gewöhnlichen Gründen. Zunächst: „quia debitor intelligere debet, se dare oportere." L. Magnam. L. 2. Cod. de iure emph. L. 4. §. ult. Dig. de Leg. comm. L. 9. §. 1. L. 18. pr.

---

1) Otto Thes. T. III. p. 749.

2) Ad Tit. Dig. de re iud. Meerm. Thes. T. VII. p. 554.

3) Coll. in Cod. L. 3. Cod. cit.

4) Decis. Vol. IV. Dec. 176. Nro. 9.

5) Tract. de leg. abrog. L. 12. Cod. de contrah. et comm. stip.

6) Enantioph. Cent. II. Ass. 81. Lugd. Bat. 1598. 4. p. 247. 248.

Dig. de usur. Ausserdem: L. 37. Dig. mandati. L. 8. Dig. si quis cautionib. L. Traject. L. 72. §. ult. L. 135. §. 2. Dig. de V. O. Man wende zwar ein: 1. Der Dies werde zu Gunsten des Schuldners gesetzt. L. 17. Dig. de R. J. Dies beziehe sich aber nur auf die Zwischenzeit, L. 43. §. 2. Dig. de legat. II. Der Ablauf des Termins wirke zu Gunsten des Gläubigers. 2. Daß, nach L. 32. Dig. de usur. L. 23. Dig. de V. O., Mora nur durch Interpellation entstehe. Das beziehe sich aber nur auf die Fälle, wo es, um dem Schuldner über die Zeit der Zahlung Gewißheit zu geben, der Interpellation bedürfe; mithin nicht auf die Obligatio ad diem, wo der letztere die Zeit genügend bestimme.

Dann Zoesius [1]), Tuldenus [2]), Perez [3]), Wissenbach [4]), sämmtlich Vertheidiger der Regel, mit ausdrücklicher Bestreitung des Gegentheils, der gewöhnlichen Gründe für und gegen. Der ausführlichste Vertheidiger der Regel ist Masius [5]). Seine Abhandlung ist speciell gegen Ferretus, Bachov und Barclajus, deren Gründe er durchgeht und zu widerlegen sucht, gerichtet. Anton Faber habe, in den Conjecturen, die Regel ungenügend vertheidigt. Die von ihm benutzten Stellen handelten nicht von reinen Obligationes in diem, sondern zugleich von Conventionalstrafen, deren Verfall mit dem Eintritte des Dies, wie Ferretus richtig bemerkt, Folge des Vertrags, nicht des Verzugs sei. Mithin könne man sich nur

1) Comm. ad Pand. Tit. de usur. Nro. 49.

2) Comm. in Dig. eod. c. 2.

3) Prael. ad Cod. Tit. de contrah. et comm. stip. Nro. 25. Ausn.: L. 8. Dig. si quis caut., L. 17. Dig. de const. pec.

4) Ex. ad Pand. Tit. de usur. Th. 16. Noch: L. 23. Dig. de recept.

5) Singularium Opin. in iur. civ. Lib. II. Cap. IV. Lovan. 1630. 4. p. 187—198.

auf Stellen, in welchen von reinen Obligationen in diem die Rede sei, wie L. 37. Dig. mandati. L. 114. Dig. de V. O. berufen. Masius beurkundet hier eine Einsicht, zu welcher sich die mehrsten seiner Vorgänger und Nachfolger nicht erhoben haben, wie sich denn überhaupt seine Entwickelung, obgleich im Wesentlichen ohne neue Gründe, auf dieser Seite vortheilhaft auszeichnet. Voetius [1]), Westenberg [2]), Otto [3]), erklären sich einfach für die Regel.

Endlich ist noch einiger niederländischer Juristen zu gedenken, welche sich durch eigenthümliche Ansichten bemerklich machen. Simon van Leeuwen [4]) erkennt die Regel im Allgemeinen an, „nec refert, an ex conventione, L. Magnam. L. 9. §. 1. Dig. de usur., an a lege, iudice vel arbitro dies constitutus sit. L. 2. Cod. de iur. emph. L. 23. Dig. de recept. L. 23. Dig. de O. et A.", beschränkt sie aber dann doch auf Contracte, „in quibus mora ex re contrahitur, aut in his, ubi poena contractui apposita est." Sonst beginne der Zinsenlauf erst mit der Litiscontestation oder gerichtlichen Interpellation, L. 122. pr. §. 3. Dig. de V. O.; mit Beziehung auf die dortige Praxis. Auch Ulrich Huber [5]) unterscheidet, sich gegen Bachov erklärend, zwischen stricti juris und bonae fidei Obligationes; nur bei diesen gelte die Regel. Der Zweck des hinzugefügten Dies sei gerade, die Interpellation unnöthig zu machen. Regner ab Oosterga [6]) spricht sich so dunkel aus, daß man ihn für einen Anhänger der richtigen Lehre

1) Comm. ad Pand. Tit. de usur. §. 26.

2) Princip. iur. Tit. de usur. §. 72.

3) Praef. Thes. T. V. p. 25.

4) Censura for. Lib. IV. Cap. IV. Nr. 20. 24. 25.

5) Prael. ad Pand. Tit. de usur. §. 15. L. 87. §. 1. Dig. de leg. L. 26. §. 1. Dig. de fideicomm. lib.

6) Comm. in Cod. L. Magnam.

halten könnte. Noodt [1]) unterscheidet, mit Donellus, Dies solutioni und Dies obligationi dictus.

In Deutschland folgte man lange, ohne eigene Prüfung, fast mechanisch den Lehren der Italiener. Daher faßte auch hier die Regel frühzeitig festen Fuß und erhielt sich bis auf die neuste Zeit in großem Ansehn. Gleich die ersten bessern Bearbeiter des Civilrechts, am Anfange des sechzehnten Jahrhunderts, Zasius [2]) und Sichard [3]), wiederholen sie, mit Beziehung auf Bartolus, Baldus und deren Nachfolger, als eine ausgemachte Sache. Später findet sie sich nicht allein bei den Praktikern [4]), sondern auch die Theoretiker [5]) sprachen sie zu allen Zeiten, fast

1) De foenore et usur. Lib. III. Cap. 9. 10.

2) Comment. in Dig. nov. Tit. de V. O. in L. Si stipul. essem. L. Si ex legati. L. Ad diem. Opp. Frankof. 1590. T. III. p. 508. 521. 522. 639.

3) Prael. in Cod. L. Magnam.

4) Mynsinger Cent. 3. Obs. 95. Hartm. Pistor Obs. 222. Berlich Decis. aur. Dec. 154. Nro. 5. Carpzov Def. forens. Pars II. Const. XXX. Def. 23. Mevius Decis. P. IX. Dec. CXCVI. Schilter Ex. ad Pand. Ex. XXXV. §. IV. Cramer Obs. iur. univ. T. I. Obs. 318. Mithin auch in der sächsischen Praxis und beim Reichskammergericht.

5) Treutler Disput. Vol. II. Disp. III. Th. VII. Lit D. Giphanius Lect. Alt. §. 582. Explan diff. leg. Cod. ad L. de contr. et comm. stip. Goeddaeus de contrah. et comm. stip. Cap. XI. Nro. 76. 77. Domin. Arumaeus de Mora comment Jenae. 1608. 12. Cap. IV. Nro. 26 — 41. Hunnius ad Treutleri Disput. resolut. l. c. Frankof. 1620. p. 392 — 395. Frantzke Comm. ad Pand. Lib. XIX. Tit. I. Nro. 429. 430. Stryk Us. mod. Pand. Tit. de leg. Comm. §. 7. Brunnemann Comm. ad Cod. L. 12. de contr. et comm. stip. Lauterbach Colleg. Tit. de usur. §. 53. G. Ad. Struve Syntagm. Exerc. 27. Th. 68. Pet. Mueller eod. tit. γ. Henr. de Cocceii Ex. iur. T. I. Nr. LIX. Thes. XIII. Samuel. de Cocceii Ius contr. Tit. de usur. Qu. XIX. Meister Diss. Morae not. iurid. cont. §. XXX. XL. Opuscul. p. 248. 253. Hellfeld iurisprud. for. §. 329. Walch Introd. in controv. Ed. III.

einstimmig, aber, der großen Mehrzahl nach, wieder ohne alle Prüfung und weitere Begründung, Einer dem Andern nach. Während die Niederländer, fast zum Ermüden, bemüht sind, die Regel theoretisch zu rechtfertigen, ist hier der große Mangel an Critik vorherrschend, welcher die deutsche Jurisprudenz so lange gefangen hielt. Nur einmal ist die Regel bestritten und nur von Wenigen eigentlich vertheidigt worden.

Der erste, welcher sie ausführlich vertheidigt, ist Dominicus Arumaeus [1]), am Anfange des siebzehnten Jahrhunderts. Auf allen Seiten mit den Autoritäten der Bartolisten gerüstet, kämpft er gegen Ferretus und Charondas. Nachdem er zehn Gründe gegen, sieben für die Regel aufgestellt hat, sucht er, in einem dritten Abschnitte, jene zu widerlegen. Schon die syllogistische Form, deren er sich bedienet, entzieht ihm alle freiere Bewegung; aber auch ausserdem ist seine Darstellung wenig erfreulich.

Bald nach ihm wurde die Regel von Bachov von Echt [2]) lebhaft bestritten. Bachov tritt, in beiweitem gebildeterer Form, ausdrücklich als Vertheidiger des Ferretus und Charondas auf, doch ohne Beziehung zu Arumäus,

---

p. 517. Hofacker Pr. iuris T. III. §. 1825. Wehrn doctrina damn. cp. V. § 47. p. 320. 321 Malblanc Pr. iur. §. 257. Glück Comm. Th. 4. S. 404. 405. Weber Erl. der Pand. §. 329. Guenther Pr. iur. §. 345. Hufeland Lehrb. des gem. C. R. §. 453. Thibaut Syst. §. 105. Schweppe Röm. Privatr. Ausg. 3. §. 387. Bucher Recht der Forder. Ausg. 2. §. 56. Mackeldey Lehrb. Ausg. 8. §. 345. Seuffert Lehrb. des pr. Pandr. §. 345. Valett Lehrb. des pr. Pdr. §. 492. Die Diss. von Lehmann: Brocardici Dies interp. p. h. Jenae 1686. in welcher die Regel vorzüglich wegen L. Magnam. und L. 2. Cod. de iur. emph. vertheidigt wird, Ratjen de mora p. 21. Not. 1) habe ich nicht vergleichen können.

1) De Mora a. a. O.

2) Notae et animad. ad Treutleri Disp. Vol II. Disp. III. Th. VII. lit. D.

den er mit Stillschweigen übergeht, und ohne die Gründe seiner Vorgänger unbedingt zu billigen. Er verwirft die Berufung auf L. 23. Dig. de O. et A. und auf den Grundsatz, daß der Dies zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt werde. Dies beziehe sich nur auf die Frist bis zum Eintritte des Termins. Sein Hauptgrund ist vielmehr der dritte des Contius, und daß der Schuldner, nicht verpflichtet dem Gläubiger die Zahlung in's Haus zu bringen, auch dessen Interpellation abwarten könne. Der größte Theil seiner Abhandlung beschäftigt sich mit der Widerlegung der Gegengründe.

Später wird die Regel wieder ausführlich, mit den gewöhnlichen Gründen, von Göddäus[1]), gegen Ferretus, vertheidigt. Dann nochmals von Lauterbach[2]). Bei Cocceji[3]) und Walch[4]), die sich ebenfalls für die Regel entscheiden, ist die Controverse wenigstens nicht übergangen.

Auf diese Weise konnte sie denen, welche wenigstens bis zu den letzteren zurückblickten, nicht fremd sein. Dessenungeachtet war sie, seit Hellfeld, der doch noch auf Walch verweist, aus den neueren Lehr- und Handbüchern[5]), und damit wahrscheinlich auch aus den Vorlesungen, so verschwunden, daß man sich, als in der neuesten Zeit die richtige Ansicht wieder zur Sprache gebracht wurde, des früher darüber Verhandelten kaum noch erinnerte[6]). So war denn,

1) De contr. et comm. stip. a. a. O.

2) a. a. O.

3) Jus contr. a. a. O.

4) Introd. in contr. iur. a. a. O. Die entgegengesetzte Ansicht wird hier nur noch durch: „Dissentit Bachov" angedeutet.

5) Nicht einmal bei Glück wird sie berührt.

6) Neustetel, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 5. S. 228. „Diese, in die Regel: Dies interpellat pro homine, kurz zusammengefaßte Meinung ist — so viel uns bekannt — trotz der stärksten ihr entgegenstehenden Gründe, bisher unangetastet geblieben." Thibaut, Ebendas. Bd. 6. S. 45. „Es giebt wenige Sätze, welche

die eben so alte als reiche Literatur einer der practisch wichtigsten Rechtsfragen unter den Händen des achtzehnten und neunzehnten Jahrhunderts, in einen Todesschlaf versunken, der unmöglich als das Resultat einer bestimmten wissenschaftlichen Überzeugung betrachtet werden kann. Denn, da man lange nicht geprüft, sondern nur wiederholt hatte, so konnte weder von dem einen, noch von dem andern die Rede sein.

Wer in der neusten Zeit zuerst wieder auf die richtige Lehre hingewiesen, ist nicht entschieden. Savigny hat sie in seinen Vorlesungen mitgetheilt [1]), Neustetel sie zuerst wieder öffentlich vertheidigt [2]). Doch scheint zwischen seiner Entwickelung und Savigny's Vorträgen um so weniger eine Beziehung statt gefunden zu haben, als er selbst ausdrücklich erklärt: daß — so viel ihm bekannt — noch Niemand die Regel bestritten. Neustetel überzeugte sich mithin lediglich durch eigene Forschung von der Unrichtigkeit

in der Theorie und Praxis fast immer eine so friedliche Existenz gefunden haben, als die Regel: dies interpellat pro homine. Auf einige Widersacher hat hingedeutet Lauterbach, ohne es der Mühe werth zu halten, sie zu nennen. Er hätte auf allen Fall Cujacius erwähnen sollen, welcher zwar im Ganzen der gemeinen Lehre anhing, aber doch einmal von derselben abwich, wie sich nachher ergeben wird. Diese alte Lehre ist nun aber von Neustetel ernstlich bestritten u. s. w." Lotz de morae initio p. 48. 49. „Aliquot jam ante saeculis istam regulam ab Aemilio Ferreto fortiter oppugnatam esse, Ratjen nobis tradit, sed neque illi, neque mihi istius de mora auctoris librum inspicere licuit. Quo excepto autem a tempore Glossae usque ad dies recentissimos regula ista pro verissima habita, nec ulla de eius veritate dubitatio mota est, donec Neustetel omnino eam destruere conatus est." Warnkoenig Comm. iur. rom. priv. T. II. 123. not. 7. „Haec regula nostris demum diebus impugnari coepta est, a Neustetel."

1) Ratjen de Mora. p. 3.

2) Die Regel: Dies interpellat pro homine, ist unrichtig. Im Archiv für die civilist. Praxis. Bd. 5. Abh. 8. S. 221—233.

der Regel, und dies ist seiner Abhandlung in so fern nachtheilig geworden, als er, bei näherer Bekanntschaft mit den früheren Untersuchungen, vielseitiger in die Sache hätte eingehen können. So ist es gekommen, daß ihm mehrere entscheidende Gründe gegen die Regel entgangen, mehrere weniger haltbare als entscheidend erschienen sind.

„Ohne mißverstandene positive Erklärungen, würde man schwerlich je zu der Regel gekommen sein, würde man vielmehr in dem Umstande, daß der Gläubiger den Zahlungstag ohne Interpellation vorübergehen lassen, eine stillschweigende Erstreckung der Frist gefunden haben. Warum hätte man auch den Dies certus strenger behandeln sollen, als den incertus? — Das Mißverständniß des Positiven, welches die Regel hervorgebracht, bestehe aber vorzüglich in der Verwechselung der Wirkung der Conventionalstrafe und der Mora. Daß jene mit dem Ablauf des Dies ipso jure verfalle, sei Wirkung des Vertrages, nicht des Verzuges, und davon allein redeten die Hauptstellen, auf welche man die Regel gründe: L. 23. Dig. de O. et A., L. 12. Cod. de contr. et comm. stip., L. 40. Dig. de reb. cred., L. 77. Dig. de V. O. Von zwei anderen Stellen, auf welche man sich noch berufe, enthalte L. 114. Dig. de V. O. das Gegentheil, und L. 2. Cod. de iure emph. eine singulaire Bestimmung, mit einer angehängten Floskel, welche, wenn man auf sie Gewicht legen wollte, die Interpellation überhaupt und allgemein überflüßig machen würde. So suche man in den Quellen vergebens den Beweis der Regel. Der Gegenbeweis liege aber nicht allein schon in dem gänzlichen Schweigen der Quellen, und insbesondere des Digestentitels de Mora, über sie, sondern auch direct in: L. 32. pr. Dig. h. t., L. 114., verglichen mit L. 23., L. 49. §. 3. Dig. de V. O., und in L. 17. §. 4. Dig. de usur. L. 1. §. 3. Dig. de peric. et commod. Über die Geschichte der Lehre gebe der, aus L. 23. Dig. de O. et A. und L. 12.

Cod. cit. hervorgehende Streit der Juristen, nebst Justinian's Entscheidung, einigermaaßen Aufschluß."

Diese Entwickelung zeigt von Neuem, wie ein unbefangener scharfsichtiger Blick oft, mit einem Schlage, einem Gegenstande selbstständig dieselben Seiten abgewinnt, an welchem vor ihm Jahrhunderte gearbeitet haben. Neustetel hat die Controverse allerdings durch keinen Gedanken erweitert, der nicht schon im sechzehnten Jahrhunderte besprochen worden wäre. Dessenungeachtet hat seine Darstellung das Verdienst jeder selbstständigen Schöpfung und darf deshalb, ihrer Unvollkommenheit ungeachtet, nicht ohne Anerkennung genannt werden.

Wie nun aber seine Begründung, der Sache nach, nichts Neues darbot, so trat man ihm auch bald wieder mit allen alten Gründen für die Regel entgegen. Thibaut [1]) und Lotz [2]) haben die Vertheidigung derselben übernommen. Aber freilich vermag, wer die Dogmengeschichte der Lehre, von den Scholiasten der Basiliken und Hermanopul's, bis zum neunzehnten Jahrhunderte übersieht, abgesehen davon, daß sie wieder nur einen Theil der Gründe für und gegen in's Auge fassen, auch bei ihnen keine neue Ansicht zu entdecken. Darin darf jedoch nach keiner Seite ein Vorwurf gesucht werden. Hätte die Vorzeit schon die richtigen Gründe für und gegen genügend erwogen, so kam es jetzt nur auf eine richtige Entscheidung an, und

1) Vertheidigung der Regel: Dies interpellat pro homine, in ihrem herkömmlichen Sinn. Ebendas. Bd. 6. Abh. 2. S. 45—60. — Gutachten der Universität Heidelberg über die Streitsache der Handlung J. L. Schätzler in Augsburg, gegen L. S. Spiro in Frankfurt a. M. 1826. S. 21. „Allein Neustetels Idee, wofür sich später auch schwankend erklärte Ratjen, ist gegen die deutlichsten Gesetze, und nun ausführlich widerlegt von Thibaut und Lotz."

2) Diss. inaug. iurid. nonullas de morae initio quaestiones tractans. Wirzeburgi 1825. 8. Cap. III. p. 48—63.

wenn man in dieser auf der einen oder anderen Seite irrte, so hatte man auch darin jedenfalls die Autorität von Jahrhunderten für sich.

Nach diesen Vorgängern theilten sich die Neusten in denselben Gegensatz, wie die französischen Juristen des sechzehnten Jahrhunderts. Gegen die Regel haben sich v. Wening-Ingenheim [1]), Warnkönig [2]), Hänel [3]), Franke [4]), Baumann [5]), Lang [6]), und Mayer [7]) erklärt. Seuffert, Mackeldey, Valett a. a. O., Krätzer [8]), sind durch Thibaut's Vertheidigung wieder von ihrer Richtigkeit überzeugt worden. Mühlenbruch [9]) und Ratjen [10]) haben Mittelmeinungen entwickelt. Während Frühere die Regel, welche sie bei stricti juris Obligationen verwarfen, nur bei bonae fidei Obligationen anerkannten, unterscheidet Mühlenbruch gerade entgegengesetzt. Ratjen nimmt, mehr als seine Vorgänger in die Dogmengeschichte der Lehre eingehend, und eine Reihe von Gründen gegen die Regel einer sorgfältigen Critik unterwerfend, den Anlauf

---

1) Lehrb. des gem. Civilrechts Bd. 3. §. 102. Hr. v. Wening hat zugleich zuerst wieder auf einige der älteren Vertheidiger der richtigen Ansicht aufmerksam gemacht.

2) a. a. O.

3) Versuch einer kurzen und faßlichen Darstellung der Lehre vom Schadensersatz. Leipzig 1823. §. 71.

4) Civ. Abh. S. 203. Not. 44.

5) Comm. ad L. 13. Dig. de usur. Lips. 1827. 4. §. 13. p. 31—36.

6) Lehrb. des justinianisch. röm. Rechts. Mainz 1830. §. 237.

7) Das Röm. Recht Stuttgardt. 1831. §. 469.

8) Nonnull. de controversia: ex quo tempore ius, quod venditori ex pacto de retrovendendo competit, ab illo exerceri nequeat? observationes. Moguntiae. 1829. §. 5. Not. 17.

9) Doctrina pand. T. I. §. 192. Ihm folgt wörtlich Buchholz Vat. Fragm. p. 95 Not. „mora".

10) De mora secundum iuris rom. pr. Kiliae. 1824. 4. §. 5—9. p. 21—32.

zu einer umfassenden Behandlung der Controverse. Aber, weder hier noch dort erschöpfend, bricht er bald mit einem Resultate ab, dessen weitere Begründung man vergebens bei ihm sucht. Im Geiste der L. 5. Dig. de reb. cred., sei zwischen Obligationen, bei welcher der Schuldner dem Gläubiger die Leistung darbringen müsse, wie bei der Zurückgabe des Commodats, und solchen, wo er die Abforderung von Seiten des letzteren erwarten könne, wie bei der Pacht, zu unterscheiden, und nur im ersteren Falle die Regel gegründet. Diese Ansicht ist wohl aus dem zweiten Grunde Bachov's hervorgegangen.

Übersieht man alles Bisherige, die äußersten Gegensätze und die verschiedenen Modificationen, so ergiebt sich: daß die Regel: Dies interpellat pro homine, auf der einen Seite, von der griechischen Jurisprudenz und der Doctrin der Glossatoren an, die Autorität aller Zeiten für sich hat, auf der andern aber auch zu keiner Zeit unbestritten gewesen ist, und zum Theil, wie in Frankreich, selbst in der Praxis keinen Eingang gefunden hat. Eine nochmalige Prüfung derselben, ist dadurch von selbst gerechtfertigt. Sollte das Resultat derselben gegen sie ausfallen, so ist zu wünschen, daß man die Wahrheit auch hier nicht länger aus dem Leben zurückweise.

Die Regel beruht in Deutschland so wenig, wie in den übrigen Ländern des Civilrechts, auf einer nationalen Rechtsansicht, sondern lediglich auf einer aus dem letzteren entwickelten Jurisprudenz. Als bloßes Ergebniß der Wissenschaft, kann sie sich, auch nach Jahrhunderten, der Critik der Wissenschaft nicht entziehen. Vermag sie diese Prüfung nicht zu bestehen, so verliert sie damit ihre einzige Grundlage, und darf deshalb auch in der Praxis, wenn man diese nicht zu einer leeren Form herabwürdigen will, nicht länger angewendet werden.

Darin besteht gerade die Eigenthümlichkeit des in der Wissenschaft ausgebildeten Rechts, daß es, auf wissenschaftlicher Erkenntniß beruhend, allen Wechseln derselben unterworfen ist und sein muß, wie das auf allgemeinen nationalen Rechtserkenntnissen beruhende, das s. g. Gewohnheitsrecht und das gesetzliche Recht, allen Wechseln der allgemeinen nationalen Rechtserkenntniß, d. h. späterer Sitte und Gesetzgebung, weichen muß. Das positive Recht ist kein seelenloser Körper, keine Statue, die, wie sie des Künstlers Hand einmal geschaffen, Jahrhunderte dasteht, sondern, auf Erkenntnissen und Überzeugungen beruhend, wie Alles, was auf solchen fußt, allen Wechseln der Einsicht unterworfen. Diese Bildsamkeit ist eine der erhabensten Seiten des Rechts, durch welche es, immer Sache der Überzeugung, wie sie in der Erkenntniß einer gewissen Gegenwart gereift ist, gegen jede gedankenlose Verknöcherung gesichert ist, wenigstens gesichert sein sollte.

Eine betrübende Erscheinung sind daher die Stimmen, welche in neuerer Zeit wieder angefangen haben, der Praxis als solcher das Wort zu reden, auf die Autoritäten der s. g. Praktiker früherer Jahrhunderte, als solche zu verweisen. Beide haben als solche gar keinen Werth, und vermögen als solche kein Recht zu machen. Die Praxis hat, als eine Form des Juristenrechts, nur Autorität, so fern ihr eine vorhandene wissenschaftliche Überzeugung zu Grunde liegt. Mit dieser fällt sie in sich selbst zusammen.

Die Richtigkeit dieser Ansichten läßt sich nicht allein aus allen Quellen des gemeinen Rechts positiv beweisen, sondern auch durch die zahlreichsten Beispiele aus der römischen und der späteren Jurisprudenz belegen. Zieht man aber einmal Autoritäten der Selbstständigkeit der eigenen Forschung, des eigenen Gedankens vor, so ist wieder der Vorzug, welchen man den alten, bei weitem weniger wissenschaftlich gebildeten Autoritäten, vor den neuen giebt, auf

keinen haltbaren Grund gebaut. Man sollte glauben, daß die Autorität eines Mannes, wie Savigny, mindestens so viel Gewicht habe, als die der sämmtlichen alten Praktiker, wie man in Rom nicht anstand, die Jahrhunderte hindurch befolgten Ansichten der Veteres, den tieferen Einsichten der Classiker zu opfern.

Der Zweck der bisherigen Untersuchung war, zunächst durch die Geschichte der Controverse, den Standpunkt, welchen die Regel im gegenwärtigen Rechtszustande einnimmt, festzustellen. Die Beurtheilung ihrer selbst wird nur in einer vorurtheilsfreien Prüfung der Quellen bestehen können. Demonstrationen aus der Natur der Sache, Beweise durch Beispiele, welche man auch hier, selbst in der neusten Zeit, nicht verschmäht hat, sind am bedenklichsten bei einer Frage, deren Entscheidung so ganz auf dem Dasein oder Nichtdasein einer bestimmten, positiven Rechtsansicht beruht. Das französische Recht verwirft die Regel, die deutsche Jurisprudenz hat sie, den Italienern folgend, in Schutz genommen. Die Frage kann daher nur sein: welche Ansicht ist in den Quellen des gemeinen Rechts positiv anerkannt?

Zunächst sprechen zahlreiche Stellen, ohne Einschränkung, die civile Grundansicht aus: daß die Mora des Schuldners nur durch Interpellation entsteht.

Pomponius Lib. VI. ad Sabin. [1]).

Si alteri Stichum heres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam *interpellaretur* ab altero, Stichus mortuus est, heres non tenetur, *quia nihil per eum factum intelligitur.*

Idem Lib. IX. ad Sabin. [2]).

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius teneberis

1) Fr. 36. §. 3. Dig. de legat. I.
2) Fr. 23. Dig. de V. O.

mihi, *quam si per te steterit,* quo minus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut *interpellatus* non dedisti, aut occidisti eum.

Idem Lib. III. ex Plautio. 1).

Labeo ait: si nemo sit, qui a parte promissoris *interpellari* Trajectitiae pecuniae possit, id ipsum *testatione* complecti debere, ut *pro petitione* id cederet.

Africanus Lib. VII. Quaestion. 2).

Marcianus Lib. IV. Regular. 3).

Mora fieri intelligitur non *ex re*, sed *ex persona*, id est, si *interpellatus opportuno loco, non solverit*, quod apud iudicem examinabitur.

Et non sufficit ad probationem morae, si servo debitoris absentis denunciatum est a creditore procuratoreve eius, quum etiam, si ipsi, inquit, domino denunciatum est, ceterum postea, quum is sui potestatem faceret, omissa est repetendi debiti instantia, non protinus per debitorem *mora facta intelligitur.*

Paulli Sententiar. recept. Lib. III. Tit. VIII. §. 4.

Ex *mora* praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt. *Mora* autem fieri videtur, cum *postulanti* non datur.

Idem Lib. VI. ad L. Jul. et P. P. 4).

Idem Lib. IX. ad Sabin. 5).

Sed si ex stipulatu Stichum debeat *pupillus*, non videtur per eum *mora* fieri, ut mortuo eo teneatur, nisi si tutore auctore, aut solus tutor *interpelletur*.

---

1) Fr. 2. Dig. de naut. foen.

2) Fr. 23. Dig. de O. et A.

3) Fr. 32. pr. §. 1. Dig. de usur.

4) Fr. 24. Dig. quando dies leg.

5) Fr. 24. Dig. de V. O.

Idem Lib. XXXVII. ad Edict. [1]).

Mora videtur creditori fieri; sive ipsi, sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia eius gerebat, mora facta sit. Nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens, manifesti furti actionem mihi parat. Item, cum procurator *interpellaverit* promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem.

Idem eod. [2])

Si promissor hominis *ante diem*, in quem promiserat, *interpellatus* sit, et servus decesserit, *non videtur per eum stetisse.*

Dieses Erforderniß der Interpellation wird nicht aus einer besonderen gesetzlichen Bestimmung abgeleitet, sondern als eine in sich selbst begründete civile Rechtsansicht ausgeführt. Sein Grund muß daher im inneren Wesen der Mora gesucht werden, und tritt auch in diesem ohne Schwierigkeit hervor. Mora in dem engeren Sinne, in welchem sie die rechtlichen Wirkungen des Verzugs begründet, ist nur bei culposer Verzögerung der Erfüllung vorhanden [3]). Die Nichterfüllung muß lediglich am Schuldner liegen. Deshalb sind: per promissorem stat und mora debitoris, per promissorem stat und per debitorem mora fit, gleichbedeu-

1) Fr. 24. §. 2. Dig. de usur.

2) Fr. 49. §. 3. Dig. de V. O. — Die in dieser Lehre oft mit angeführte L. 88. Dig. de R. I. gehört nicht hierher. Sie will nur sagen: daß, wo der Schuldner durch eine Exception geschützt ist, keine Mora denkbar sei. L. 40. Dig. de reb. cred. „non enim etc.“ L. 21 Dig. de usur. L. 127. Dig. de V. O. Dinus. Albericus de Rosate. Joan. Andreae. Raphael Fulgosius. Donellus. Barclaius. Jacobus Gothofredus.

3) Gegen die abweichende Ansicht älterer und Neuerer; unter den letzteren vorzüglich: Ratjen a. a. O. §. 2. Lotz a. a. O. §. 8—12.

tende Ausdrücke [1]). Jene Culpa des Schuldners wird aber erst durch die gehörige Interpellation des Gläubigers begründet. Denn:

1) Ist es Grundansicht des römischen Rechts, daß nicht die bloße Fälligkeit der Forderung als solche, sondern erst die an ihn gerichtete Aufforderung des Gläubigers, den Schuldner zur Zahlung verpflichtet. Der Schuldner braucht nicht unaufgefordert zu zahlen, er kann die Aufforderung des Gläubigers abwarten, und ist daher, wenn er vor derselben nicht zahlt, der Fälligkeit der Forderung ungeachtet, nicht in Culpa. Die Nichtzahlung liegt nicht an ihm, non per promissorem stat, sondern am Gläubiger, der keine Zahlung verlangt hat.

Der Beweis hierfür würde schon genügend in dem Erfordernisse der Interpellation selbst liegen. Noch directer liegt er darin, daß in den wenigen Fällen, in welchen Mora, ohne Interpellation, durch die bloße Fälligkeit der Forderung, entsteht, mora *ex re*, ihr Eintritt dadurch erklärt wird, daß der Schuldner hier gegen die Regel, aus besonderen Rücksichten, unaufgefordert zahlen müsse:

Marcianus Lib. IV. Regular. [2]).

Si quis rogatus ancillam manumittere moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est, huiusmodi partum liberum nasci et quidem ingenuum. Sed sunt constitutiones, quibus cavetur, statim ex quo libertas

---

1) Pauli Sent. l. c. Fr. 5. Dig. de reb. cred. Fr. 23. Dig. de const. pec. Fr. 37. in f. Dig. Mand. Fr. 4. pr. Dig. de periculo et commodo. Fr. 21. §. 3. Dig. de act. emt. Fr. 23. 24. 32. pr. §. 1. Dig. de usur. Fr. 56. pr. Dig. de iure dot. Fr. 24. §. ult. Dig. de damn. inf. Fr. 23. Dig. de O. et A. Fr. 24. Fr. 49. pr. §. 3. Fr. 114. Dig. de V. O.

2) Fr. 53. pr. Dig. de fideicomm. libert. — Fr. 26. §. 1. eod. Fr. 5. Dig. de minor. — Auch cf. Fr. 1. §. 2. Dig. de usur. „quum in potestate sit actoris, iudicatum exigere". Fr. 6. §. 12. Dig. de neg. gest.

deberi coeperit, ingenuum nasci. Et hoc magis est sine dubio sequendum, quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut *ultro* is, qui eam debet, *offerre debeat*.

2. Liegt in dem Unterlassen der Interpellation eine stillschweigende Prolongation der Zahlung, bis zur später erfolgenden Interpellation. Denn, da der Schuldner nur auf Anfordern des Gläubigers zu zahlen braucht, so gewährt ihm dieser, so lange er nicht fordert, stillschweigende Stundung. Dazu kömmt, daß die Interpellation nach Umständen wiederholt werden muß, wo in dem Unterlassen der Wiederholung eine stillschweigende Erstreckung liegen würde [1]. Ferner, die Analogie der stillschweigenden Erneuerung der Pacht [2]) und des precarii [3]), und des Grundsatzes, daß der Pfandgläubiger, nach fällig gewordener Forderung, dem Schuldner, ehe er dazu schreiten darf, den Verkauf denunciiren muß. Durch das Unterlassen dieser Anzeige, welche eine indirecte Interpellation enthält, würde er die Obligatio stillschweigend perpetuiren. Die vom Gläubiger stillschweigend zugestandene Erstreckung schließt aber wieder alle Culpa in der Person des Schuldners aus.

Damit aber dieser durch die Interpellation wirklich in Culpa versetzt, d. h. Mora durch sie begründet werde, muß sie zugleich den rechtlichen Voraussetzungen der Zahlung entsprechen. Sie muß geschehen: an eine rechtlich zahlungsfähige Person [4]), an einem Orte, an welchem der Schuldner zu zahlen rechtlich verbunden ist, opportuno loco [5]), nach eingetretener Fälligkeit der Forderung. Eine frühere Inter-

1) Fr. 32. §. 1. Dig. de usur.

2) c. 16. Cod. de locato. Auch cf. c. 34. eod. „recuperare volentibus"

3) Fr. 4. § 4 Dig. de precario.

4) Fr. 24. Dig. de V. O.

5) Fr. 32. pr. Dig. de usur.

pellation kann so wenig in dem Augenblicke, wo sie geschieht, Wirkung haben, als auf den Moment der späteren Fälligkeit hinauswirken, weil in dem Unterlassen der Interpellation in diesem eine stillschweigende Prolongation liegt, welche durch die frühere Interpellation nicht ausgeschlossen wird. Damit stimmt auch

PAULLUS Lib. XXXVII. ad Edict. [1]).

Si promissor hominis *ante diem*, in quem promiserat, *interpellatus* sit, et servus decesserit, *non videtur per eum stetisse.*

überein. Ist der Promissor des Sclaven vor dem Eintritte des Dies gemahnt worden, und der Sclave später, nach demselben gestorben, so war er, der vorhergegangenen Interpellation ungeachtet, nicht in Mora, und trug deshalb nicht die Gefahr des Todes. Diese gewöhnliche Interpretation ist gewiß einer anderen [2]) vorzuziehen, nach welcher Paullus nur sagen wollte: daß Interpellation vor der Fälligkeit nicht unmittelbar Mora bewirke. Eine solche Beschränkung, bei welcher angenommen wird, daß der Sclave später noch vor der Fälligkeit gestorben sei, liegt nicht in der Stelle. Die Zeit seines Todes ist gar nicht angegeben, mithin allgemein erklärt: daß, wenn die Interpellation vor der Fälligkeit geschah, und der Sclave später überhaupt, mithin auch nach derselben gestorben ist, dem Schuldner keine Mora beigemessen werden könne. Die Stelle nun aber auch positiv von dem Tode nach der Fälligkeit zu verstehen, rechtfertigt sich dadurch, daß sie nur in diesem Sinne rechtliche Bedeutung erhält.

Durch das Bisherige, ist das Erforderniß gehöriger Interpellation als Grundbedingung der Mora genügend festgestellt worden. Mora ohne Interpellation, durch bloße

1) Fr. 49. §. 3. Dig. cit.

2) RATJEN a. a. O. p. 12. 13. 24.

Fälligkeit der Forderung, mora *ex re*, würde daher nur als besondere positive Ausnahme von der Regel denkbar sein, und das ist auch die bekannte Ansicht des römischen Rechts. In diesem Sinne sagt Marcianus [1]): die Mora entsteht nicht *ex re*, sondern *ex persona*, d. h. wenn der Schuldner, gehörig interpellirt, nicht zahlt.

Der Grundgedanke der Mora ex re ist, wie bereits bemerkt wurde, daß, wo sie eintritt, der Schuldner, gegen die Regel, aus besonderen Rücksichten, unaufgefordert zahlen muß. Eine solche Ausnahme kann nur angenommen werden, wo sich ihre positive Begründung streng nachweisen läßt. Die in den Quellen unzweifelhaft anerkannten Fälle der Mora ex re bedürfen hier keiner Erörterung. Die Frage ist nur: ob auch der Eintritt des der Obligatio hinzugefügten bestimmten Erfüllungstermins, dies certus, diese Mora begründet? Dies führt zu der Untersuchung der rechtlichen Bedeutung eines solchen Dies.

Die Hinzufügung eines bestimmten Erfüllungstermins hat nur eine rechtliche Grundbedeutung. Diese ist: Aufschub der Fälligkeit der Forderung, bis zum Ablauf der dadurch gesetzten Frist. Die, ohne Hinzufügung eines solchen Dies, pure eingegangene Obligatio ist im Augenblicke ihrer Eingehung zugleich begründet und fällig, dies cedit et venit. Der Schuldner kann sogleich auf Erfüllung belangt werden, peti potest, actio nata est. Der hinzugefügte Erfüllungstermin verschiebt aber, ohne die Eingehung der Obligatio, den Erwerb der Forderung aufzuschieben, dies cedit, die Fälligkeit, dies venit, die Verbindlichkeit zur Zahlung, solutio, die Klagbarkeit, petitio, bis zum Ablauf der Frist.

§. 2. Inst. de V. O.

Omnis stipulatio aut pure aut in *diem*, aut sub conditione fit. Pure, veluti: quinque aureos dare spondes?

1) Fr. 32. pr. Dig. de usur.

idque confestim peti potest. In diem, cum adiecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit, veluti: decem aureos primis Kalendis Martiis dare spondes? Id autem, quod in *diem* debetur, *statim quidem debetur, sed peti prius, quam dies venerit, non potest.* At ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, *peti* potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet; neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is praeterierit.

Paullus Lib. II. ad Vitellium. [1]).

Si dies apposita legato non est, *praesens debetur,* et confestim ad eum pertinet, cui datum est. Dies adiecta, quamvis longa est, *si certa est,* veluti Kalendis Ianuariis centesimis, dies quidem legati *statim cedit,* sed *ante diem peti non potest.*

Idem Lib. LXXIV. ad Edict. [2]).

Circa diem duplex inspectio est; nam vel *ex die* incipit obligatio, aut confertur *in diem. Ex die,* veluti: Kalendis Martiis dare spondes? cuius natura haec est, *ut ante diem non exigatur.* Ad diem autem: usque ad Kalendas dare spondes?

Idem Lib. XII. ad Sabin. [3]).

Centesimis Kalendis dari, utiliter stipulamur, quia *praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.*

Ulpianus Lib. L. ad Sabin. [4]).

Quoties autem in obligationibus *dies non ponitur, praesente die pecunia debetur,* nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum *dies adiectus* efficit, *ne praesente die pecunia debeatur.*

---

1) Fr. 21. pr. Dig. quando dies legator.
2) Fr. 44. §. 1. Dig. de O. et A.
3) Fr. 46. pr. Dig. de V. O.
4) Fr. 41. §. 1. 2. Dig. eod.

Ex quo apparet, *dici*, *adiectionem pro reo esse*, *non pro stipulatore*. Idem in Idibus etiam et Nonis probandum est, et *generaliter in omnibus diebus*.

Idem Lib. I. Regular. 1).

Cedere diem significat, *incipere deberi pecuniam*, *venire diem* significat, eum diem venisse, *quo pecunia peti possit*. Ubi ergo *pure* quis stipulatus fuerit, et *cessit*, et *venit* dies, ubi *in diem*, *cessit dies*, sed *nondum venit*, ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione.

Da nun der Dies die Fälligkeit der Forderung bis zu seinem Eintritte aufschiebt, so daß der Gläubiger bis dahin keine Erfüllung fordern kann, so bezweckt seine Hinzufügung als solche, lediglich den Nutzen des Schuldners.

Ulpianus Lib. XXIII. ad Sabin. 2).

Cum tempus in testamento adiicitur, credendum est, *pro herede* adiectum, nisi alia mens fuerit testatoris, sicuti *in stipulationibus promissoris gratia tempus adiicitur*.

Idem Lib. L. ad Sabin. 3).

Ex quo apparet, *diei adiectionem pro reo esse*, *non stipulatore*.

Deshalb hängt es von ihm ab, ob er von der ihm gewährten Frist Gebrauch machen will, oder nicht. Er kann dessenungeachtet früher zahlen, und der Gläubiger ist, weil

1) Fr. 213. Dig. de V. S. — §. 26. Inst. de inutilib. stip. Fr. 10. §. 1. Dig. si quis caut. Fr. 9. pr. Fr. 40. Dig. de reb. cred. Fr. 2. §. 6. Dig. de eo quod certo loco. Fr. 21. § 1. Dig. de const. pec. Fr. 15. Dig de ann. leg. Fr. 21. pr. Dig. quando dies legator. Fr. 33. Fr. 38. §. 16. Fr. 49. §. 3. Fr. 72. §. 1. Fr. 137. §. 1. Dig. de V. O. Fr. 70. Dig. de solut. Fr. 14. Dig. de R. I.

2) Fr. 17. Dig. de R. I.

3) Fr. 41. §. 1. Dig. de V. O. — Fr. 7. Dig. de re iud.

der Dies nicht für ihn hinzugefügt wurde, nicht berechtigt, denselben zur Zurückweisung der früheren Zahlung für sich zu benutzen [1]). Durch besondere Verfügung kann zwar der Dies zugleich auch zu Gunsten des Gläubigers gesetzt werden. Bald so, daß dieser nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu der bestimmten Zeit contrahirte, und deshalb, bei ausbleibender Zahlung, schlechthin auf Entschädigung klagen kann [2]), bald so, daß ihm nicht früher gezahlt werden darf, und selbst, nach Umständen, der Schuldner durch die frühere Zahlung nicht liberirt wird. Eine solche Bedeutung des Dies setzt aber eine besondere Verfügung voraus; die Präsumtion ist für das Gegentheil [3]).

Die Stellen, welche diese Regel aussprechen, sind keiner Mißdeutung fähig. Sie sagen allgemein, die Hinzufügung des Dies sei pro reo, non pro stipulatore, sie sei promissoris gratia, pro herede. Wenn daher andere Stellen [4]) erklären: die ganze Zwischenzeit bis zum Eintritte des Dies stehe dem Schuldner zur Zahlung offen, so kann daraus nicht, wie oft geschehen ist, abgeleitet werden, daß nur jenes *medium* tempus den Vortheil des Schuldners bezwecke, der Ablauf selbst aber den des Gläubigers. Denn, obgleich dieser indirect dem Gläubiger vortheilhaft ist, der nun auf Befriedigung dringen kann, so ist dieser Vortheil doch in keiner Weise Zweck des Dies. Der Sinn jener Stellen ist vielmehr, theils, daß der Schuldner wäh-

1) Fr. 38. §. 16. Fr. 41. §. 1. Fr. 137. §. 2. Dig. eod.

2) Souchay in dies. Zeitschrift Bd. 2. Abh. XIII. §. 3.

3) Fr. 43. §. 2. Dig. de legat. II. Fr. 15. Dig. de ann. leg.

4) Fr. 38. § 16. Dig. de V. O. Ulp. Lib. XLIX. ad Sabin. „Inter incertam certamque diem discrimen esse, ex eo quoque apparet, quod certa die promissum vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur.“ Fr. 70. Dig. de solut. Fr. 15. Dig. de ann. leg.

rend der ganzen Zwischenzeit zahlen kann, und in so fern enthalten sie dasselbe, wie die S. 139. Not. 1. angeführten, theils, daß die ganze Zwischenzeit Zahlungsfrist sei, so daß der Gläubiger erst nach Verlauf ihres letzten Moments Zahlung fordern kann. In so fern sagen sie dasselbe, was viele andere Stellen mit anderen Worten bezeichnen [1].

Eine zweite rechtliche Bedeutung des bestimmten Erfüllungstages ist, daß, wo ein solcher hinzugefügt wurde, sich die Ästimatio der Leistung nach ihm richtet.

Celsus Lib. V. Dig. [2]).

Si Kalendis fieri aliquid stipulatus sum, nempe quandocunque post Kalendas accepto iudicio, tanti aestimanda lis est, quanti interfuit mea, Kalendis id fieri, *ex eo enim tempore quidque aestimatur, quo novissime solvi potuit.*

Gaius Lib. IX. ad Ed. prov. [3]).

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, *tanti litem aestimandam*, Cassius ait, *quanti fuisset eo die, quo dari debuit;* si de die nihil convenit, quanti tunc, quum iudicium acciperetur.

Julianus Lib. LXXXVIII. Dig. [4]).

Quoties *in diem* vel sub conditione oleum quis stipulatur, *eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit*, tunc enim ab eo peti potest, alioquin rei captio est.

---

1) Fr. 42. Dig. de V. O. — §. 26. Inst. de inutilib. stip. Fr. 50. Dig. de O. et A.

2) Fr. 11. Dig. de re iud.

3) Fr. 4. Dig de cond. trit.

4) Fr. 59. Dig. de V. O. — Fr. 12. §. 1. Dig. si quis cautionib. Fr. 22. Dig. de reb. cred. Fr. 37. in f. Dig. mandati Fr. 22. Dig. de O. et A. Fr. 60. Dig. de V. O.

Dies ist aber nur eine zufällige Folge, nicht Zweck seiner Hinzufügung.

Weitere zufällige Bedeutungen kann derselbe noch durch besondere Verabredungen, wie Lex Commissoria, Conventionalstrafe u. s. w. erhalten. Von diesen wird später die Rede sein.

Dies sind die rechtlichen Bedeutungen des Dies. Die Ansicht: daß der Ablauf desselben auch den Schuldner schlechthin in Mora, **mora ex re**, versetze, **Dies interpellat pro homine**, würde schon eine Reihe allgemeiner Gründe gegen sich haben.

I. Die rechtliche Natur des Dies.

1. Die rechtliche Grundbedeutung desselben ist, wie gezeigt wurde, keine andere, als daß er die Fälligkeit der Forderung, welche bei der Obligatio pura mit dem Dasein derselben zusammenfällt, bis zu seinem Eintritte aufschiebt. Die Wirkung des letzteren kann daher nur Verwandlung der betagten in eine unbetagte Forderung sein. Da aber bei der letzteren Mora erst durch Interpellation entsteht, so muß hier dasselbe gelten.

Ohne Grund beruft man sich dagegen:

a. Darauf, daß in der Festsetzung des bestimmten Erfüllungstages, eine anticipirte Interpellation liege. Die Quellen sprechen diese Ansicht nirgends aus. Die quellenmäßige Bedeutung des Dies ist eine ganz andere, die so eben bezeichnete. Das Verschieben der Fälligkeit auf einen bestimmten Tag hat keinen andern Sinn, als daß der Schuldner, dem so lange Frist gegeben wurde, nun nach Ablauf derselben, rechtlich auf Zahlung soll in Anspruch genommen werden können. Eine positive Aufforderung, dann auch sofort Zahlung zu leisten, liegt darin noch nicht. Ohnehin ist, wie früher nachgewiesen worden, eine anticipirte Interpellation vor der Fälligkeit, rechtlich wirkungslos, und

damit beseitigt sich, aus einem zweiten Standpunkte, die ganze hier bestrittene Argumentation.

b. Darauf, daß die Verabredung des Dies das Versprechen an demselben zu zahlen enthalte, der Schuldner daher auch unaufgefordert der geschlossenen Übereinkunft entsprechen müsse. Aber auch die Annahme eines solchen Versprechens ist der civilen Bedeutung der Hinzufügung des Dies, durch welche, die Parteien mögen sich ausgedrückt haben wie sie wollen, rechtlich nur verabredet wird, daß nicht *praesente*, sondern erst *futuro* die vom Schuldner solle gefordert werden dürfen, entgegen. Auf keinen Fall, würde in jener Verabredung, das Versprechen unaufgefordert Zahlung leisten zu wollen, liegen. Da der Schuldner, nach der Grundansicht des Civilrechts, nur auf Anfordern des Gläubigers zu zahlen braucht, so würde sich diese Voraussetzung auch bei einem positiv auf Zahlung gerichteten Versprechen, als Naturale des Geschäfts, bis zum Beweise einer entgegengesetzten Verabredung, von selbst verstehen.

c. Darauf, daß der Schuldner durch die Hinzufügnng des Dies die bestimmte Kenntniß der Zeit erhalte, zu welcher er zahlen solle. Auch diese Ansicht beruht auf einer nicht weniger uncivilistischen Betrachtung der Sache. Der Schuldner erhält durch jene Bestimmung nur die Kenntniß der Zeit, zu welcher der Gläubiger von ihm fordern kann, nicht die der Zeit, wo er wirklich zahlen soll. Die letztere wird ihm erst durch die gehörige Interpellation zu Theil. Rücksichtlich jener Kenntniß unterscheidet sich aber die betagte Forderung nicht von der unbetagten. Bei dieser weiß er rechtlich eben so bestimmt, daß sogleich von ihm gefordert werden kann. Natürlich würde aber auch die hier bestrittene Kenntniß durchaus nicht der Interpellation gleichstehen, und deshalb dieselbe nicht vertreten können. Denn, sehr verschieden wäre doch immer noch: die durch die Hinzufügung des Dies erlangte

Kenntniß der Zahlungszeit; und die, nach eingetretener Fälligkeit, an den Schuldner gerichtete bestimmte Aufforderung zur Zahlung.

d. Darauf, daß der Zweck, der einzige Zweck der Hinzufügung des Dies gerade sei: den Gläubiger der lästigen Interpellation zu überheben. Dieser Ansicht stehen alle Stellen über die rechtliche Bedeutung des Dies certus entgegen, und es erregt wenig Zutrauen zu dem Grundsatze: Dies interpellat, wenn selbst Männer, wie Donellus und Cujacius, solche Gründe als Hauptgründe zu seiner Vertheidigung vorgetragen haben.

2. Die Vergleichung der bezeichneten rechtlichen Bedeutung des Dies, mit dem oben entwickelten Grundwesen der Mora, ergiebt: daß Mora durch bloßen Eintritt des Dies, ohne Interpellation, nicht möglich ist. Nur culpose Verzögerung der fälligen Zahlung ist Mora. Die Culpa des Schuldners entsteht lediglich dadurch, daß er, nach der Fälligkeit zur Zahlung aufgefordert, ohne rechtlichen Weigerungs- oder Entschuldigungsgrund, nicht zahlt. Aber weder die Hinzufügung, noch der Ablauf des Dies enthält eine solche Aufforderung. Dem Schuldner, welcher nach abgelaufenem Dies vom Gläubiger nicht zur Zahlung aufgefordert, nicht zahlt, kann daher keine Culpa beigemessen werden. Er ist mithin nicht in Mora.

3. Aus der obigen Grundbedeutung des Dies folgern die römischen Juristen, daß derselbe zu Gunsten des Schuldners hinzugefügt werde. Der Gläubiger kann denselben daher nicht für sich benutzen, um sich dadurch der Interpellation zu entheben. Den Schuldner durch dieselbe Thatsache, welche lediglich seinen Nutzen bezweckte, in so viele Nachtheile verwickeln, wäre aller civiler Consequenz zuwider [1]). Die Folge wäre, daß die unbetagte Forde-

---

1) Fr. 24. Dig. de LL. c. 6. Cod. eod.

rung, welche nach civiler Rechtsansicht für den Gläubiger vortheilhafter ist, in so fern für den Schuldner, die betagte, welche nach derselben Grundansicht für den Schuldner vortheilhafter ist, in so fern für den Gläubiger vortheilhafter werden würde. Eine solche doppelseitige Betrachtung der Sache ist den Quellen fremd.

Dieser Gegengrund ist alt, aber dessenungeachtet richtig. Was viele Ältere aus den Stellen, nach welchen „totum *medium* tempus ad solvendum liberum promissori relinquitur", dagegen argumentirt haben, ist oben widerlegt worden. Was die Neueren dagegen einwenden, dürfte gleichfalls keine Prüfung bestehen. Wenn Ratjen [1]) dagegen bemerkt: „Creditor debitori promittens, ut quod statim peti posset, post annum solvat, favet debitori, sed, ne ingratus debitor diem obliviscatur, postulare iuste potest," so hätte er zugleich beweisen sollen, daß die Hinzufügung des Dies den Schuldner rechtlich verpflichte, unaufgefordert zu zahlen. Auch supponirt Hr. Ratjen einen Fall, der so wenig der einzig mögliche, als der regelmäßige ist. Die Bestimmung des Dies kann eben so gut, gleich bei der Zusicherung, vom Promissor ausgehen, und ist dann keinesweges eine Gunst des Gläubigers, der, was er sogleich fordern könnte, nur aus Nachsicht stundet. Lotz [2]) kömmt wieder auf die alte Unterscheidung der Zwischenzeit und des Ablaufs. Zu Gunsten des Schuldners sei der Dies nur, so fern dieser bis zum Ablaufe desselben nicht zu zahlen brauche; so fern dessen Hinzufügung aber eine anticipirte Interpellation enthalte, zu Gunsten des Gläubigers.

II. Die Stellen, welche die rechtliche Bedeutung des bestimmten Erfüllungstages *ex professo* entwickeln, legen ihm keine andere Wirkung bei, als den Aufschub der

1) a. a. O. p. 25. 26. Nro. 3.

2) a. a. O. p. 60.

Fälligkeit. Keine einzige sagt, daß der Eintritt des Dies den Schuldner zugleich in Mora versetze. Vielmehr sagen alle ausdrücklich, die Wirkung sei, daß der Gläubiger erst mit dem Ablaufe des Dies die Zahlung fordern könne, petere, welche er bei unbetagten Ansprüchen sogleich zu fordern, petere, berechtigt sei. Sie setzen mithin sämmtlich voraus, daß der Gläubiger hier so gut fordern muß, wie dort. Nur die Zeit, wo er fordern darf, ist verschieden.

Dagegen wird man nicht einwenden, „petere" bezeichne nicht das einfache Fordern, sondern die Klage, beweise daher nicht für das erstere. Denn obgleich „petere" nicht selten die Klage bezeichnet, so ist doch seine natürliche und gewöhnliche Bedeutung die hier zum Grunde gelegte. Außerdem wird zwischen „petere" schlechthin und „per iudicem petere" unterschieden [1]), und in mehreren Stellen für „petere" auch „exigere" gebraucht [2]).

III. Die Stellen, welche *ex professo* von der Entstehung der Mora handeln, geben nur einen Entstehungsgrund derselben an: Interpellation. Diesen sprechen sie aus, ohne alle Beschränkung, ohne Unterschied zwischen unbetagten und betagten Forderungen. Kann man nun, wie Viele gethan haben, eine so allgemeine Erklärung auf jene beschränken? Wird eine allgemeine Regel blos für eine specielle Gattung der unter sie fallenden Objecte gegeben? Den alten Spruch: Nulla regula sine exceptione, wird hier Niemand anwenden wollen. Denn, wo bleibt die Regel, wo die Ausnahmen gleich zahlreich, wo nicht zahlreicher sind, als die unter ihr stehenden Fälle? Sind unbetagte oder betagte Forderungen die gewöhnlicheren? Ich sollte denken, die letzteren, wenigstens nach

1) Brissonius v. petere.

2) z. B. Fr. 44. §. 1. Dig. de O. et A.

römischer Geschäftsweise, wo sich der vorsichtige Promissor nicht leicht, durch ein unbetagtes Versprechen, der Discretion des Gläubigers preis gab. Ganz anders verhält es sich mit den wenigen unzweifelhaften Fällen der Mora ex re. Diese konnten, ihrer geringen Anzahl, ihrem durchaus singulairen Character nach, bei Aufstellung der Regel, ohne Bedenken übergangen werden. Bei den betagten Forderungen, der ganzen einen Hälfte aller Forderungen, die in keiner Weise als Singularität betrachtet werden konnten, war dies nicht möglich. Sollte man, wenn das Civilrecht bei ihnen wirklich Mora ex re angenommen hätte, dieser wichtigen Eigenthümlichkeit weder bei der Entwickelung der allgemeinen Theorie des Dies, noch bei der Mora gedacht haben? Ein neuerer Vertheidiger der Regel sagt sehr wahr:

> „Die Classiker hatten nun einmal nicht den eleganten Sinn, daß sie sich blos auf die casus rariores und amoeniores einließen, sondern sie bearbeiteten das Recht für das Leben, wo alles ungewiß und bestritten werden kann, und so lassen sie sich überall auf die gemeinsten Rechtsfragen ein, wenn auch wohl manchmal eine grobe Celsinische Antwort, oder eine spöttische Paulinische Frage erfolgt.“

und dessenungeachtet traut er diesen Classikern eine solche Logik zu.

Die verschiedenen offenbar unrichtigen Interpretationen der hier so wichtigen Stelle aus

> Marcianus Lib. IV. Regular. [1]).
>
> Mora fieri intelligitur non *ex re*, sed *ex persona*, id est, *si interpellatus opportuno loco non solverit*, quod apud judicem examinabitur.

bedürfen wohl keiner ernstlichen Widerlegung.

1) Fr. 32. pr. Dig. de usur.

Dahin gehört vorzüglich, wenn Donellus meint, Marcianus führe die Interpellation nur als eine der mehreren Thatsachen an, durch welche Mora ex persona entstehe. Oder, wenn er, an einem anderen Orte, meint, das „id est“ in der Stelle sei für „utputa“, oder „veluti“ gebraucht. Eben so unrichtig ist Thibaut's Interpretation [1]:

„Was zuerst Marcians Äußerungen betrifft, in L. 32. pr. de usuris (22, 1.), so kann sich hier kein Theil darauf berufen. Denn was steht weiter darin, als: mora tritt in der Regel erst nach vorgängigem Mahnen ein, doch giebt es auch eine Mora ex re ausnahmsweise? Was zur letzteren gehört, ist nicht gesagt. Wenn also durch den verabredeten Zahlungstag eine mora ex re entsteht, so ist jenes Fragment nicht dawider, sondern der Fall ist darunter zu subsumiren.“

Zunächst kann bei einer Stelle, welche den obersten Grundsatz für eine ganze Rechtslehre hinzustellen bestimmt ist, wohl nicht bloß von Äußerungen die Rede sein. Dann sagt Marcian durchaus nicht, daß es es zwei Gattungen Mora, mora *ex persona* und mora *ex re* gebe, von welchen jene die Regel bilde, diese nur ausnahmsweise eintrete. Sondern er sagt gerade entgegengesetzt: Mora entsteht nicht ex re, sondern ex persona, d. h. wenn der Schuldner, am gehörigen Orte interpellirt, nicht zahlt. Er leugnet mithin positiv die Mora *ex re*, und läßt nur Mora *ex persona* gelten. Das Fragment ist mithin allerdings der Annahme einer Mora ex re, für mindestens die ganze eine Hälfte aller im Leben bestehenden Obligationen, direct entgegen. Dieser Fall kann nicht darunter subsumirt werden. Die Bestreiter des angeblichen Grundsatzes: Dies interpellat pro homine, können sich mit um so

---

1) Archiv für die civ. Pr. Bd. 6. S. 54. 3).

größerem Rechte darauf berufen, als es die Cardinalstelle über die Entstehung der Mora in dem Digestentitel bildet, welcher, schon seiner Überschrift nach, die Lehre von der Mora ex professo darzustellen bestimmt ist. Mit den Paar Fällen wirklicher Mora ex re ist Marcians allgemeiner Grundsatz leicht vereinbar. Diese können, ihrer geringen Anzahl, ihrem singulairen Character nach, als Ausnahmen von der Regel gedacht werden. Alle betagten Forderungen, als Ausnahmen gedacht, würden die Regel vernichten. Die Hauptsache bleibt aber immer: daß Marcian seinen Grundsatz ohne alle Beschränkung hinstellt [1]).

IV. Das gänzliche Schweigen der Quellen über einen so folgenreichen Grundsatz. Während bei allen übrigen Fällen der Mora ohne Interpellation, ausdrücklich gesagt wird, hier entstehe Mora ex re [2]), giebt es anerkannt keine einzige Stelle, welche dies vom Eintritte des Dies sagte. Und doch wäre dieser der umfassendste, mithin wichtigste Fall einer solchen Mora. Ja, keine der noch vorhandenen Erkenntnißquellen des römischen Rechts, weder die vorjustinianeischen, noch Justinian's Rechtsbücher, enthält eine Stelle, aus welcher sich der Grundsatz: Dies interpellat, auch nur mit einiger Haltbarkeit ableiten ließe. Der Beweis dieser Behauptung wird später, bei der Prüfung der Stellen, welche man für die Regel zu interpretiren gesucht hat, geführt werden. Dieses Schweigen allein aber ist schon für die ganze Controverse entscheidend. Läßt sich die angebliche

---

1) Dessenungeachtet leugnet Ratjen a. a. O. p. 10. mit Unrecht die, durch viele andere Stellen außer Zweifel gesetzte, bisher angenommene technische Bedeutung des Ausdrucks Mora ex re. Fr. 5. Dig. de minorib. Fr. 23. §. 1. Dig. de usur. Fr. 3. §. 2. Dig. de adim. legat. Fr. 26. §. 1. Dig. de fideicomm. libert. c. 7. Cod. de condict. ob turp. caus.

2) Die in der vorigen Note angezeigten Stellen.

Mora ex re durch den bloßen Eintritt des Dies, nicht streng aus den Quellen nachweisen, so steht die Regel der Mora durch Interpellation, wie sie Marcian kategorisch hinstellt, auch in dieser Beziehung unbeschränkt da.

Auf einen anderen, vorzüglich von Contius und Bachov geltend gemachten Grund: daß, wie bei bedingten Forderungen, nach dem Eintritte der Bedingung, zur Begründung der Mora, noch Interpellation erfordert werde, so auch bei betagten, nach dem Eintritte des Dies dasselbe erfordert werden müsse, indem der letztere die betagte Forderung so in eine Obligatio pura verwandele, wie jener die bedingte, bei einer solchen Obligatio aber Mora nur durch Interpellation eintrete, will ich mich nicht weiter berufen. Denn, die bedingte Obligatio wird erst durch den Eintritt der Bedingung perfect, dies cedit, die betagte ist dies vom Augenblicke ihrer Eingehung an, und wird nur durch den Eintritt des Dies fällig, dies venit. Hier könnte nun vielleicht der Dies zugleich noch eine besondere Wirkung haben, und deshalb ist die Richtigkeit jenes Schlusses vielfach bestritten worden.

Nach der richtigen Ansicht von der rechtlichen Bedeutung des Dies, fällt aber auch jene Schwierigkeit hinweg. Wie die bedingte Forderung, durch den Eintritt der Bedingung, zugleich perfect und fällig wird, dies cedit et venit, so wird die betagte, an sich bereits perfect, durch den Eintritt des Dies fällig, dies venit. Nach dem Eintritte der beiden aufschiebenden Momente, der Bedingung und des Dies, stehen sich mithin beide Gattungen Obligationen völlig gleich. Da nun der Eintritt des Dies keine weitere besondere Wirkung hervorbringt, so war der bezeichnete Schluß, wenn man alle, durch den Grundsatz Dies interpellat über die rechtliche Bedeutung des Dies eingewurzelten Vorurtheile bei Seite setzt, ganz untadelhaft.

An diese allgemeinen Gründe gegen die Regel knüpfen sich nicht minder erhebliche specielle. Sie reduciren sich auf den allgemeinen Standpunkt, daß eine Reihe von Stellen positiv beweist: daß Mora auch bei betagten Forderungen erst durch Interpellation, nach eingetretenem Dies, begründet wird.

I. ULPIANUS Lib. V. Fideicommissor.[1])

Apparet igitur, subventum fideicommissis libertatibus, ut *in re mora facta esse videatur*. Et *ex die* quidem, quo libertas *peti potuit*, matri traderentur manumittendi causa, *ex die* vero, quo *petita est*, *ingenui nascantur*. Plerumque enim per ignaviam, vel timiditatem eorum, quibus relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam iuris sui, vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas. Quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut *ingenui* quidem *exinde nascantur*, *ex quo mora libertati facta est*, *manumitti autem partum dici debeat*, *ex quo peti libertas potuit*, quamvis non sit petita. Certe *minoribus viginti quinque annis* et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur *in re mora facta esse;* nam qua ratione decretum, et a DIVO SEVERO constitutum est, *in re* moram esse circa pecuniaria fideicommissa, quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.

MARCIANUS Lib. IV. Regular.[2]).

Si quis rogatus ancillam manumittere, moram fecerit, si interea enixa fuerit, constitutum est, huiusmodi partum *liberum* nasci, et quidum *ingenuum*. Sed sunt constitutiones, quibus cavetur, *statim ex quo libertas*

1) Fr. 26. §. 1. Dig. de fideicomm. lib.

2) Fr. 53. pr. Dig. eod.

deberi coeperit, ingenuum nasci; et hoc magis est sine dubio sequendum, *quatenus libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is, qui eam debet, offerre debeat.*

Nach älterem Rechte traten die Wirkungen der Fideicommissaria libertas erst mit der wirklichen Freilassung des Sclaven ein. Spätere Constitutionen erklärten aber, daß Verzögerungen der Freilassung dieser Freiheit nicht nachtheilig werden sollten, ne deterior conditio fideicommissae libertatis fiat [1]). Die römischen Juristen bildeten aus dieser Grundlage eine Mora ex re zu Gunsten derselben, in verschiedenen Beziehungen. Theils durch das Princip: daß der Sclave ipso iure frei sei, den sein Herr, des ihm dahin auferlegten Fideicommisses ungeachtet, in seinem Testamente nicht freigelassen, u. s. w. [2]). Theils rücksichtlich des Partus ancillae. Hatte die mit fideicommissarischer Freiheit beschenkte Sclavin vor der Freilassung geboren, und zwar nach dem Tage, wo die Freiheit fällig war, quo libertas peti potuit, so wurde mit diesem in so fern Mora ex re angenommen, daß der Herr zur Freilassung des Partus gezwungen werden konnte. Hatte sie aber nach dem Tage geboren, wo sie bereits auf Freilassung interpellirt hatte, quo petita est, oder wo, wie Ulpian weiter unten sagt, quo mora libertati facta est, so wurde der Partus ingenuus. Wenigstens nimmt Ulpian dies, nach einer Constitution Sever's an, wenn die Mutter minderjährig war. Das neuere Constitutionenrecht, dessen Marcianus gedenkt, legte aber schon jener, mit der bloßen Fälligkeit eintretenden Mora ex re, ohne Rücksicht auf Minderjährigkeit der Mutter, schlechthin die Wirkung der Ingenuität bei.

1) Fr. 26. pr. eod.

2) Fr. 26. cit.

Das Merkwürdige in diesem Zusammenhange ist nun Ulpian's Unterscheidung zwischen der, durch die bloße Fälligkeit, den Eintritt des Dies der Freiheit, bewirkten Mora ex re, deren Wirkung damals blos war, daß der Herr zur Freilassung des Partus gezwungen werden konnte, und der erst durch die Interpellation der Mutter, nach eingetretenem Dies, bewirkten wirklichen Mora, durch welche der Partus Ingenuität erlangte. Ulpian erkennt mithin ausdrücklich an, daß nicht der Eintritt des Dies als solchen, sondern erst die Interpellation der Mutter, die Mora des Fiduciars begründe. Am Anfange des Fragments sagt er: die Ingenuität trete ein, nicht ex die, quo libertas peti potuit, sondern ex quo petita est, am Schlusse: ex quo mora libertati facta est. Die beiden letzteren Umstände behandelt er als gleichbedeutend. Daraus folgt: daß nicht der bloße Eintritt des Dies, sondern erst die Interpellation nach demselben die Mora begründete. Dies bestätigt sich dadurch, daß, nach dem bezeichneten neueren Rechte, auch rücksichtlich der Ingenuität, mit dem bloßen Eintritte des Dies, favore libertatis, Mora ex re angenommen wurde. Ist es nun eine lediglich auf dem Favor libertatis beruhende Singularität, daß der Fiduciar dem Sclaven, mit dem Eintritte des der Manumission gesetzten Dies, unaufgefordert, ultro, die Freiheit ertheilen muß, indem sonst, Theils zu Gunsten des Partus, Theils in anderen Beziehungen, Mora ex re angenommen wird, so ergiebt sich auch daraus die Unrichtigkeit der Regel: Dies interpellat pro homine.

II. Das ältere Recht kannte keine besonderen Grundsätze für die Entstehung der Mora bei den Forderungen der Minderjährigen. Die bereits erwähnte Constitution Sever's führte aber eine Mora ex re bei Vermögensfideicommissen, pecuniaria fideicommissa, welche Minderjährigen hinterlassen

waren, ein. Diese Mora ex re wurde später bei allen Forderungen der Minderjährigen angenommen, bei welchen die rechtlichen Wirkungen der Mora in Bezug auf Zinsen und Früchte in Betracht kommen, nämlich bei bonae fidei Contracten, Fideicommissen und Legaten.

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS A. A. Decimo. [1]).
Curabit Praeses provinciae, compellere emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere: quas et perceptorum fructuum ratio, et *minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit*, generavit.

Iid. eod. [2]).
In *minorum persona, re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis, recepto iure moram fieri*, creditum est: in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus, et fideicommissis, et legatis.

Da nun bei Minderjährigen, lediglich favore minoris aetatis, in den bezeichneten Fällen, mit dem bloßen Eintritte des Dies, Mora angenommen wird, so folgt daraus bei ihnen selbst in den übrigen Fällen und für Volljährige, das Gegentheil. Dies bestätigt vollkommen:

PAULLUS Lib. XIV. Responsorum. [3]).
Usuras fideicommissi *post impletos annos viginti quinque* puellae, *ex quo mora facta est*, deberi respondi. Quamvis enim constitutum sit, ut minoribus viginti quinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit, semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.

Der bloße Eintritt des Dies begründet mithin regelmäßig keine Mora.

---

1) c. 5. Cod. de actionib. emti et vend.
2) c. 3. Cod. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est.
3) Fr. 87. §. 1. Dig. de legat. II.

Die hervorgehobenen Stellen über die Minderjährigen veranlassen übrigens noch eine besondere Frage, welche, obgleich nicht unmittelbar zu der gegenwärtigen Untersuchung gehörig, hier beiläufig berührt werden mag.

Beruht nämlich der eigenthümliche Zinsanspruch der Minderjährigen blos auf der bei ihren Forderungen eintretenden Mora ex re, so daß sie ohne diese keine Zinsen zu fordern berechtigt sind, oder ist derselbe ein ganz selbstständiges Vorrecht der Minderjährigen, selbst da, wo jene Mora nicht Statt findet? Ein Minderjähriger hat z. B. ohne Zinsen zu bedingen, ein Darlehn auf ein Jahr gegeben [1]). Kann er hier auch für das Jahr Zinsen fordern, oder erst nach Ablauf desselben, vermöge der Mora ex re?

Ich stehe nicht an, mich für das erstere zu entscheiden, und demnach ein doppeltes Vorrecht der Minderjährigen anzunehmen:

1. Zinsanspruch, bei allen auf zinsbare Objecte gerichteten Forderungen, ohne Rücksicht auf Mora.

2. Mora ex re, durch bloße Fälligkeit der Forderung.

Nach dieser Unterscheidung beginnt der Zinsenlauf mit dem bloßen Dasein der Forderung, nicht erst mit der Fälligkeit, was der Fall sein würde, wenn man blos Mora *ex re* annähme. Die letztere hat dagegen noch weitere rechtliche Wirkungen, als die der Zinsen, z. B. rücksichtlich des Periculum. Daß die Wirkung beider bei einer unbetagten Forderung zusammenfällt, steht ihrer sonstigen Unterscheidung nicht entgegen.

Die Gründe dieser Ansicht liegen in den angeführten Stellen. Const. 2. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est. stellt, wie Fr. 26. §. 1. Dig. de fideic. libert.,

---

1) Ich habe hierbei natürlich das heutige Recht im Auge, nach welchem auch beim Darlehn Verzugszinsen eintreten.

für Minderjährige ganz selbstständig das Princip der Mora ex re auf. Nach Paullus a. a. O. können dagegen Minderjährige schlechthin, *omnimodo*, mithin als solche, Zinsen fordern, und zwar nicht als Verzugszinsen, tamen *non pro mora* hoc habendum est. Paullus beruft sich dagegen auf besondere Constitutionen, welche dies bestimmten. Es scheinen daher besondere Constitutionen über die Mora ex re, wie die von Severus, und besondere über den Zinsanspruch vorhanden gewesen zu sein. Wären auch, nach der scharfsinnigen Bemerkung van de Water's [1]), die beiden Constitutionen Diocletian's und Maximian's ursprünglich nur eine zusammenhängende Constitution gewesen, so würde dessenungeachtet c. 3., als erläuternder Zusatz zu c. 5. cit., ihre selbstständige Bedeutung nicht verlieren.

III. Paullus Lib. sing. de usur. [2]).

Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut *tardius* pecuniae illatae usuras deberet, non nisi *ex mora* usuras praestare debet.

Allerdings halte ich auch diese Stelle, auf welche sich vorzüglich Reustetel berufen, für einen nicht zu verwerfenden Grund gegen die Interpellation des Dies. Paullus sagt: „wenn der Pachter die Verzinsung des zu spät gezahlten Pachtgeldes nicht durch besonderen Vertrag versprochen, so braucht er dasselbe erst vom Augenblicke der Mora an, ex mora, zu verzinsen.“ Daraus wird mit Recht geschlossen, daß nicht der bloße Eintritt des Zahlungstages, sondern erst ein anderer Moment die Mora begründe. Jener giebt nur Anspruch auf besonders versprochene Zinsen; sind keine Zinsen wegen verspäteter Zahlung versprochen, so können deshalb bei der Pacht keine Zinsen gefordert werden, sondern erst vom Beginn der Mora.

1) Noodt de Foenore et Usur. Lib. III. Cap. 10.

2) Fr. 17. §. 4. Dig. de usur.

Die Interpretation, welche Thibaut[1]) von der Stelle gegeben, geht wieder darauf aus, ihre wahre Bedeutung zu paralysiren.

„Auch in der oben erwähnten L. 17. §. 4. de usur. (22, 1.) kann ich nichts Behufiges für die neue Ansicht finden. Denn sie sagt nichts, als: wer Zinsen nach einer gewissen Zeit als Pachter versprach, der muß sie zahlen; ohne Zinsversprechen erlegt er aber nur Verzugszinsen. Dies ist ja allerdings wahr; aber ist nun damit gesagt, wie die Mora entstehen könne, und daß nicht auch schon der Ablauf eines verabredeten Tages den säumigen Pachter an sich verantwortlich machen könne?“

Soll nun ausführlich nachgewiesen werden, wo die Fehler dieser Interpretation liegen? Der Hauptfehler besteht darin, daß Thibaut die Worte „ex mora“, schlechthin durch „Verzugszinsen“ übersetzt, und dadurch ihre eigenthümliche Farbe vernichtet. „Ex mora“ heißt nicht, „aus dem Grunde des Verzuges“, wofür man, wenn man es mit den Worten nicht genau nimmt, etwa sagen kann: „Verzugszinsen“. Sondern es heißt: „von der Mora an“, ganz wie bei „ex die“, oder, wie andere Stellen sagen: „ex quo mora facta est“[2]).

Dieselbe Bedeutung hat „ex mora“ bei

MARCIANUS Lib. IV. Regular.[3]).

In bonae fidei contractibus *ex mora* usurae debentur.

„Aus dem Grunde des Verzugs“ oder „Verzugszinsen“, bezeichnen hingegen die Quellen durch „*de mora*“ z. B.

---

1) a. a. O. S. 55.

2) Fr. 87. §. 1. cit.

3) Fr. 32. §. 2. Dig. de usur.

Modestinus Lib. VIII. Differentiar. [1]).

Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, *de mora* solutionis pecuniae usuras non debere, summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.

Der Unterschied ist deutlich. Sagt man: „der Pachter, der wegen verspäteter Zahlung keine Zinsen versprochen, hat nur Verzugszinsen zu zahlen", so ist damit nur ein Urtheil über den Grund der Zinsverbindlichkeit, — keine Conventional, sondern Verzugszinsen — ausgesprochen, über den Anfang des Verzugs aber keine Andeutung gegeben. Sagt Marcianus hingegen: „der Pachter, welcher wegen verspäteter Zahlung keine Zinsen versprochen, hat keine Zinsen zu bezahlen, außer vom Eintritte der Mora an", so ist damit ein Urtheil über den Anfang des Zinsenlaufs, und zugleich ausgesprochen, daß dieser nicht mit der Fälligkeit des Pachtgeldes, dem Eintritte des Zahlungstages als solchen, sondern erst mit dem Momente der Mora beginnt. Daraus folgt aber: daß der bloße Eintritt des Dies keine Mora begründet. Daß auch die Basiliken [2]) in Thibaut's Sinne übersetzt haben, wird bei Niemand, der den Geist ihrer Behandlungsweise kennt, Bedenken erregen.

IV. Paullus Lib. XXXVII. ad Edict. [3]).

Si promissor hominis *ante diem,* in quem promiserat, *interpellatus* sit, et servus decesserit, *non videtur per eum stetisse.*

Der wahre Sinn dieser Stelle ist schon oben gegen eine abweichende Interpretation vertheidigt worden. Paul-

1) Fr. 22. Dig. de donat.

2) T. III. p. 379.

3) Fr. 49. §. 3. Dig. de V. O.

lus sagt: Interpellation vor dem Ablaufe [1]) des Zahlungstages bewirkt keine Mora. Daraus schließt man: daß sie nach dem Ablaufe des Tages geschehen müsse, dieser selbst mithin noch keine Mora begründe.

Wie bemerkt [2]), hat selbst Cujacius einmal die Richtigkeit dieses Schlusses anerkannt, aber später sich selbst zu widerlegen gesucht. Was er am letzteren Orte dagegen sagt [3]), ist jedoch zum Theil nichts, als ein Herumdrehen in einem Zirkel, bei welchem die Regel: Dies interpellat pro homine, als entschieden vorausgesetzt wird, zum Theil eine Argumentation aus der L. 23. Dig. de O. et A., welche lediglich auf der gewöhnlichen Ansicht beruht, daß dieses Fragment jene Regel enthalte. Darüber später das Weitere.

Thibaut [4]) stimmt mit der hier vertheidigten grammatischen Interpretation der L. Si promissor. überein. Er findet aber das Argumentum e contrario bedenklich, aus allgemeinen, aus der Entscheidungsweise der Classiker entlehnten Gründen, denen man im allgemeinen wohl Gerechtigkeit widerfahren lassen mag, ohne dadurch von ihrer Anwendbarkeit in einem bestimmten Falle, wie im gegenwärtigen, überzeugt zu werden. Daher bemerke ich, statt jeder weiteren Erörterung, nur Folgendes. Wer die Regel: Dies interpellat pro homine als entschieden voraussetzt, hat schon darin Grund genug, das obige Argumentum e contrario zu bestreiten. Wer vorurtheilsfrei erst den Beweis derselben erwartet, wird nichts Entscheidendes dagegen einwenden können. Wird endlich gezeigt worden sein, daß es an diesem Beweise durch-

---

1) Daß hier vom Ablaufe des Dies die Rede ist, versteht sich, nach den S. 140. Not. 1. angeführten Stellen, von selbst.

2) S. 117. Not. 1. 2.

3) S. Arch. f. c. Pr. Bd. 6. S. 56. 57.

4) a. a. O. S. 57—60.

aus fehlt, die Regel selbst mithin ungegründet ist, so wird man auch nicht anstehen, in der L. Si promissor. eine ungezwungene Bestätigung der entgegengesetzten Ansicht zu erkennen.

V. ULPIANUS Lib. XVII. ad Sabin.[1]).

Si fundum *certa die* praestari stipuler, et *per promissorem steterit,* quo minus *ea die* praestetur: consecuturum me, quanti mea interest, *moram non esse factam.*

Ulpian setzt in dieser Stelle, damit der Gläubiger das Interesse, wegen der nicht zu der bestimmten versprochenen Zeit empfangenen Leistung, fordern könne, offenbar zweierlei voraus:

1. Den Ablauf der gesetzten Frist.

2. Daß die Entrichtung der Leistung damals per promissorem steterit.

Über das letztere kann kein Zweifel sein. Das erstere liegt in den Worten „ea die“, d. h. mit dem Ablaufe des gesetzten Tages[2]). Durch diesen Gegensatz ist schon bewiesen, daß der Ablauf des Dies allein keine Mora begründet, sondern noch das zweite bezeichnete Erforderniß hinzukommen muß. Worin besteht dies nun? Darin: „daß die Nichterfüllung blos am Schuldner gelegen haben muß“, d. h. daß er bei derselben in Culpa gewesen sei[3]). Alle Umstände welche ihn rechtlich exculpiren würden, schließen mithin, ungeachtet des Eintritts des Dies, die Mora aus. Dahin gehört aber, außer vielen anderen exculpirenden Verhältnissen[4]), auch: daß der Gläubiger keine Zahlung von ihm verlangt, d. h. nicht interpellirt hat.

---

1) Fr. 114. Dig. de V. O.

2) Siehe S. 158. Not. 1.

3) Fr. 23. §. 1. Dig. de recept. Fr. 5. Dig. de reb. cred.

4) Fr. 9. §. 1. Fr. 17. §. 3. Fr. 21. 23. 24. pr. Dig. de usur. Fr. 127. Dig. de V. O. Fr. 63. Fr. 99. Dig. de R. I. — Fr. 137. §. 4. Dig. de V. O.

Pomponius Lib. IX. ad Sabin. [1]).

Si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, *quam si per te steterit*, quominus vivo eo eum mihi dares, quod ita fit, si *aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.*

Hier wird positiv gesagt, der Schuldner sei in Culpa, per eum stetit, wenn er entweder der Interpellation nicht genügt, oder den Gegenstand der Leistung vernichtet.

Paullus Lib. XXXVII. ad Edict. [2]).

Si promissor hominis *ante diem*, in quem promiserat, *interpellatus* sit, et servus decesserit, *non videtur per eum stetisse.*

Hier wird, in demselben Falle, negativ gesagt, der Schuldner sei nicht in Culpa, non videtur per eum stetisse, wenn der Gläubiger ihn vor der Zeit interpellirt habe.

Da nun Ulpian in der L. Si fundum. den Eintritt der Mora, neben dem Ablaufe der Zeit, noch ganz allgemein davon abhängig macht, daß die Nichterfüllung auch „per promissorem steterit“, so muß unter diesem Ausdrucke auch hier der Mangel der Interpellation mitbegriffen werden. Dadurch bestätigt sich dann von Neuem die Wahrheit, daß Mora auch bei betagten Forderungen nur durch Interpellation möglich ist.

Leider habe ich mich aber nochmals gegen Thibaut [3]) zu vertheidigen. Nach ihm soll die L. Si fundum. nicht allein keinen Grund gegen die Regel: Dies interpellat enthalten, sondern auch bestimmt gegen die hier vertheidigte Ansicht beweisen.

---

1) Fr. 23. Dig. de V. O.

2) Fr. 49. §. 3. eod.

3) a. a. O. S. 55.

„bestimmt gegen die neue Theorie ist aber L. 114. de V. O. (45, 1.), deren Worte oben gegeben sind. Denn es sollen danach, wenn ein Zahlungstag verabredet war, so fort Verzugszinsen gezahlt werden, si per promissorem steterit, und dies heißt hier gerade nach dem Obigen: so fort, nach dem Verfalltage, weil der promissor seine Pflicht genau wußte, und wissen mußte. Nicht im Geringsten steht es damit im Widerspruch, wenn in L. 23. eod. eine Interpellation verlangt wird. Denn hier ist von einem Fall die Rede, wo kein Zahlungstag gesetzt war, also nach der gewöhnlichen Regel der Verzug ohne Mahnen nicht eintreten konnte. Die Vertheidiger der alten Theorie können hier also einfach, ohne ergänzende Restrictionen, mit einer bloßen grammatischen Combination auskommen."

Auf diese Exegese der L. 114. und der L. 23. habe ich nun folgendes zu erwidern.

Bei der ersteren übersieht Hr. GR. Thibaut zunächst ganz, daß sie zweierlei für den Eintritt der Mora voraussetzt: Ablauf des Dies, und daß die Entrichtung der Leistung damals per promissorem steterit. Vermöge dieser Nichtbeachtung eines Theils ihres Inhalts, behauptet denn Thibaut weiter, daß das, was die Worte „ea die" bezeichnen — „so fort nach dem Verfalltage" — durch die Worte „si per promissorem steterit" bezeichnet werde. Welchen Civilisten oder Philologen wird man überreden, daß „si per promissorem steterit, quominus ea die solvatur" heiße: „so fort nach dem Verfalltage"? Ich berufe mich auf alle Stellen des Corpus juris, in welchen dieser Ausdruck vorkömmt. Er bezeichnet nichts, als die Abwesenheit der Culpa, daher auch den Mangel der Interterpellation [1]). Was ist aber der Grund der Thibaut'schen

1) Siehe S. 133. Not. 1. u. S. 159. Not 3.

der Kutscher kommt nicht, und die Minute ist vorüber; oder: ein abwesender Schuldner soll mir mein Geld zur bestimmten Stunde schicken, und ich habe es gegen Strafe auf eben diese Stunde an Andere ausgelobt, aber die Zahlung erfolgt nicht; oder: ein Gewinn, welcher mir in dieser Stunde sicher war, wenn mein Schuldner sein Wort hielt, muß jetzt von mir, des Verzugs wegen, aufgegeben werden."

Hierauf ist zu antworten: wer den Zweck will, muß das dazu dienende Mittel wählen. Die bloße Hinzufügung des bestimmten Erfüllungstages hat eine ganz andere rechtliche Bedeutung. Sie soll den Schuldner gegen zu frühzeitiges Fordern, nicht den Gläubiger gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung sichern. Mithin müssen zu diesem Zwecke andere Mittel ergriffen werden. Der Gläubiger muß wissen, daß der gesetzte Zahlungstag nur dem Schuldner nützt, und kann es sich nur selbst zuschreiben, wenn er von dessen Hinzufügung Wirkungen erwartet hat, welche ihr das positive Recht nicht beilegt. Wie ist es bei einer **stricti iuris Obligatio**, wo, nach römischer Rechtsansicht, selbst die Interpellation den säumigen Schuldner noch nicht zu Zinsen verpflichtet, sondern erst das **iudicium acceptum**? Bedauert man hier den Gläubiger, der durch seine Interpellation keine Zinsen erlangte, oder den Nachlässigen, der seinen Schuldner nicht, statt jener, auf dem kürzesten Wege zur Litiscontestation trieb?

Das Civilrecht ist bekanntlich reich genug an Sicherungsmitteln, durch welche die von Thibaut angedeuteten Nachtheile, mindestens so vollständig beseitigt werden können, als durch eine, mit dem bloßen Ablauf des Dies eintretende Mora ex re.

1. Das einfachste Mittel wäre der Vertrag, daß der Schuldner zu der bestimmten Zeit, auch unaufgefordert erfüllen, im Falle der Nichterfüllung aber alle Nachtheile der Mora tragen solle. Denn, obgleich der Dies als solcher auch hier zum Vortheile des Schuldners gesetzt wäre, und daher

sein Eintritt an sich keine Mora begründete, so gewönne doch der Gläubiger vertragsmäßig gegen den Schuldner alle Vortheile, welche ihm jene gewähren könnte.

2. In Bezug auf Zinsen gedenkt Paullus [1]) des besonderen Vertrages: ut tardius pecuniae illatae usuras deberet. Auch hier ist der Zahlungstag an sich wieder pro reo, so daß sein Eintritt wieder keine Mora begründet; dem Gläubiger gebühren aber, von da an, die vertragsmäßigen Zinsen. Dabei bemerkt Papinian [2]): a. daß die Zinsen, vermöge eines solchen Vertrags, mit dem Ablaufe der Zeit, ohne Interpellation, „quamvis debitor non conveniatur", verfallen; b. daß der Schuldner jedoch prätorisch, exceptione doli, dadurch entschuldigt wird, daß, nach dem Tode des Gläubigers, zur Zahlungszeit Niemand, an den er hätte zahlen können, vorhanden war. Die erste Bemerkung bildet zugleich wieder ein deutliches Argument gegen die Regel: Dies interpellat. Hier, wo durch besonderen Vertrag ein Nachtheil wegen der Nichterfüllung an dem bestimmten Tage stipulirt ist, hier bedarf es, um einen Nachtheil der Verzögerung auf den Schuldner zu wälzen, keiner Interpellation.

3. Wurde der Vertrag nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit geschlossen, z. B. ein Lieferungsvertrag, dessen Erfüllung für den Gläubiger nur Interesse hat, wenn sie genau zu der gesetzten Zeit erfolgt, so ist Theils der Letztere an denselben nur gebunden, wenn die Leistung pünktlich erfolgt [3]), Theils, im entgegengesetzten Falle, schlechthin die Klage auf das Interesse für ihn begründet.

---

1) Fr. 17. §. 4. Dig. de usur. Fr. 12. eod. Fr. 40. Dig. de reb. cred.

2) Fr. 9. §. 1. Dig. de usur.

3) Fr. 24. §. 4. Dig. locati.

der Kutscher kommt nicht, und die Minute ist vorüber; oder: ein abwesender Schuldner soll mir mein Geld zur bestimmten Stunde schicken, und ich habe es gegen Strafe auf eben diese Stunde an Andere ausgelobt, aber die Zahlung erfolgt nicht; oder: ein Gewinn, welcher mir in dieser Stunde sicher war, wenn mein Schuldner sein Wort hielt, muß jetzt von mir, des Verzugs wegen, aufgegeben werden."

Hierauf ist zu antworten: wer den Zweck will, muß das dazu dienende Mittel wählen. Die bloße Hinzufügung des bestimmten Erfüllungstages hat eine ganz andere rechtliche Bedeutung. Sie soll den Schuldner gegen zu frühzeitiges Fordern, nicht den Gläubiger gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung sichern. Mithin müssen zu diesem Zwecke andere Mittel ergriffen werden. Der Gläubiger muß wissen, daß der gesetzte Zahlungstag nur dem Schuldner nützt, und kann es sich nur selbst zuschreiben, wenn er von dessen Hinzufügung Wirkungen erwartet hat, welche ihr das positive Recht nicht beilegt. Wie ist es bei einer stricti iuris Obligatio, wo, nach römischer Rechtsansicht, selbst die Interpellation den säumigen Schuldner noch nicht zu Zinsen verpflichtet, sondern erst das iudicium acceptum? Bedauert man hier den Gläubiger, der durch seine Interpellation keine Zinsen erlangte, oder den Nachlässigen, der seinen Schuldner nicht, statt jener, auf dem kürzesten Wege zur Litiscontestation trieb?

Das Civilrecht ist bekanntlich reich genug an Sicherungsmitteln, durch welche die von Thibaut angedeuteten Nachtheile, mindestens so vollständig beseitigt werden können, als durch eine, mit dem bloßen Ablauf des Dies eintretende Mora ex re.

1. Das einfachste Mittel wäre der Vertrag, daß der Schuldner zu der bestimmten Zeit, auch unaufgefordert erfüllen, im Falle der Nichterfüllung aber alle Nachtheile der Mora tragen solle. Denn, obgleich der Dies als solcher auch hier zum Vortheile des Schuldners gesetzt wäre, und daher

sein Eintritt an sich keine Mora begründete, so gewönne doch der Gläubiger vertragsmäßig gegen den Schuldner alle Vortheile, welche ihm jene gewähren könnte.

2. In Bezug auf Zinsen gedenkt Paullus [1]) des besonderen Vertrages: ut tardius pecuniae illatae usuras deberet. Auch hier ist der Zahlungstag an sich wieder pro reo, so daß sein Eintritt wieder keine Mora begründet; dem Gläubiger gebühren aber, von da an, die vertragsmäßigen Zinsen. Dabei bemerkt Papinian [2]): a. daß die Zinsen, vermöge eines solchen Vertrags, mit dem Ablaufe der Zeit, ohne Interpellation, „quamvis debitor non conveniatur", verfallen; b. daß der Schuldner jedoch prätorisch, exceptione doli, dadurch entschuldigt wird, daß, nach dem Tode des Gläubigers, zur Zahlungszeit Niemand, an den er hätte zahlen können, vorhanden war. Die erste Bemerkung bildet zugleich wieder ein deutliches Argument gegen die Regel: Dies interpellat. Hier, wo durch besonderen Vertrag ein Nachtheil wegen der Nichterfüllung an dem bestimmten Tage stipulirt ist, hier bedarf es, um einen Nachtheil der Verzögerung auf den Schuldner zu wälzen, keiner Interpellation.

3. Wurde der Vertrag nur mit Rücksicht auf die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit geschlossen, z. B. ein Lieferungsvertrag, dessen Erfüllung für den Gläubiger nur Interesse hat, wenn sie genau zu der gesetzten Zeit erfolgt, so ist Theils der Letztere an denselben nur gebunden, wenn die Leistung pünktlich erfolgt [3]), Theils, im entgegengesetzten Falle, schlechthin die Klage auf das Interesse für ihn begründet.

---

1) Fr. 17. §. 4. Dig. de usur. Fr. 12. eod. Fr. 40. Dig. de reb. cred.

2) Fr. 9. §. 1. Dig. de usur.

3) Fr. 24. §. 4. Dig. locati.

Impp. DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS. A. A. Attalo.[1]). Cum venditorem carnis, fide *conventionis* rupta, *tempore placito* hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes.

4. Lex commissoria. Sehr gewöhnlich ist der Nebenvertrag, daß, wenn der Schuldner nicht zu der festgesetzten Zeit erfüllt, der Gläubiger zum Rücktritt berechtigt sein soll. Dieses Verhältniß unterscheidet sich sehr von dem vorigen. Während dort überhaupt nur in Bezug auf die Erfüllung zu der bestimmten Zeit contrahirt wurde und deshalb die Nichterfüllung, als solche, die beiden bezeichneten Wirkungen hervorbringt, ist hier ohne jene Beschränkung contrahirt worden. Deshalb wird der Rücktritt wegen verzögerter Erfüllung erst durch besonderen Vertrag bedungen, und deshalb ist er die einzige unmittelbare Folge derselben. Von Mora, oder einer Klage auf das Interesse, als Folge der Lex commissoria, ist nirgends die Rede. Von jener kann schon darum nicht die Rede sein, weil der Dies als solcher auch hier lediglich pro reo, und nur das besonders bedungene Recht des Rücktritts für den Gläubiger ist[2]). Merkwürdig ist dagegen noch, was Ulpian berichtet:

ULPIANUS Lib. XXXII. ad Edict.[3]).

MARCELLUS libro vigesimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habeat, si *interpellatus non solvat*, an vero *si non obtulerit?* Et magis arbitror, *offerre* eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere; quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum.

Marcellus ging so weit, daß er selbst bei der Lex commissoria zweifelte, ob den säumigen Schuldner, beim Eintritte des Dies, der Nachtheil ohne Interpellation treffe.

---

1) c. 10. Cod. de actione emti. Souchay S. 139. Not. 2.

2) Fr. 2. Dig. de leg. comm. „quia id venditoris causa caveretur.“

3) Fr. 4. §. 4. eod. — S. HARMENOPUL. S. 101. Not. 2.

Erst Ulpian entscheidet, weil es sich hier um einen besonders bedungenen Nachtheil handelt, richtig gegen die Interpellation, läßt jedoch denselben Exculpationsgrund[1]) zu, wie oben Papinian.

5. Conventionalstrafe, poenae stipulatio. Vorzüglich bei einseitigen Obligationen, wo dem Gläubiger weniger am Rücktritt, als an pünktlicher Erfüllung gelegen sein mußte, oder vom ersteren, da er sich nicht obligirt hatte, gar nicht die Rede sein konnte, gedenken die Quellen häufig einer Conventionalstrafe, welche sich der Gläubiger vom Schuldner für den Fall versprechen ließ, daß er nicht mit dem Eintritte des bestimmten Zahlungstages erfüllen würde. Bei gewissen Geschäften, wie bei dem Versprechen der Trajectitia pecunia, war sie stehender Gebrauch[2]). In einer solchen Verabredung lag aber wieder ein doppeltes Geschäft: 1. Festsetzung eines bestimmten Zahlungstages. 2. Zusicherung einer Strafe für den Fall, daß der Schuldner an demselben nicht erfüllt. Beide hatten besondere Wirkung. Jene die gewöhnliche der Adiectio diei, so daß insbesondere auch hier, durch den Ablauf der Frist, keine Mora entstand. Diese den vertragsmäßig bedungenen Verfall der Strafe. Der letztere war mithin Wirkung des besonderen Vertrages, der eingetretenen Bedingung, und daher ganz unabhängig von der Mora. Deshalb konnte es für seinen Eintritt nicht darauf ankommen, daß der Gläubiger den Schuldner erst durch Interpellation in Verzug gesetzt. Die Strafe mußte, lediglich in Folge der eingetretenen Bedingung, wenn keine besonderen exculpirenden Gründe vorhanden waren[3]), schlechthin mit dem Eintritte des Dies verfallen.

1) S. Fr. 6. pr. „si per emtorem factum sit." Fr. 8. eod Fr. 23. in f. Dig. de O. et A.

2) Fr. ult. Dig. de naut. foen. Fr. 23. Dig. cit. „uti assolet."

3) Fr. 21. §. 8. 9. Fr. 23. §. 1. §. 3. Dig. de recept. Fr. 23. Dig. de O. et A. „nec aliter etc."

Africanus Lib. VII. Quaestion. [1]).

Traiectitiae pecuniae nomine, si *ad diem soluta non esset, poena*, uti assolet, ob operas eius, qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta; is, qui eam pecuniam petebat, parte exacta, petere desierat, deinde interposito tempore interpellare instituerat. Consultus respondit: eius quoque temporis, *quo interpellatus non esset*, poenam peti posse; amplius, *etiam si omnino interpellatus non esset*; nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret, alioquin dicendum, et si is, qui interpellare coepisset, valetudine impeditus interpellare desisset, poenam non committi.

Diesen Grundsätzen entsprach denn auch vollkommen die Ansicht: daß die Pön auch noch nach dem Tode des Promittenten schlechthin verfalle [2]), und sowohl diese, als die bereits bei dessen Lebzeiten verfallene, als vertragsmäßige Strafe, von den Erben desselben entrichtet werden müsse [3]).

Indessen waren auch hier, wie bei der Lex commissoria, die Ansichten der Juristen darüber getheilt gewesen, ob der vertragsmäßige Nachtheil mit dem Ablaufe der Frist schlechthin eintrete, oder nur nach vorangegangener Interpellation? Erst Justinian entschied, in einer seiner funfzig Decisionen, für das erstere, so daß darauf die Aufnahme der dieser Ansicht entsprechenden Stellen in die Digesten beruht, sowohl rücksichtlich der Lex commissoria, als der Stipulatio poenae.

Imp. Justinianus A. Mennae P. P. [4]).

Magnam legum veterum obscuritatem, quae protrahendarum litium magnam occasionem usque adhuc praebe-

1) Fr. 23. Dig. de O. et A.

2) Fr. 9. Dig. de naut foen. Fr. 77. Dig. de V. O.

3) Fr. 47. Dig. de act. emti.

4) c. 12. Cod. de contrah. et comm. stip.

bat, amputantes, sancimus: ut, si quis *certo tempore* facturum se aliquid, vel daturum stipuletur, vel alii [1], cui stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si *statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit*: sciat minime se posse debitor ad *evitandam poenam* adiicere, *quod nullus eum admonuit*: sed etiam citra ullam admonitionem eidem *poenae, pro stipulationis tenore*, fiat obnoxius, cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere.

Daß der ältere Zweifel, wie Cujacius annimmt, zu den Streitigkeiten der Schulen gehört habe, wird schon dadurch wahrscheinlich, daß diese auch über andere Fragen rücksichtlich des Dies und der Conventionalstrafe getheilt waren [2]. Dazu kömmt, daß die Lex Trajectitiae von Julian's Schüler Africanus, einem Sabinianer ist, daß Marcellus, welcher bei der Lex commissoria die entgegengesetzte Ansicht vertheidigte, ein Gegner Julian's war [3], und daß es Labeo, der Häuptling der Proculianer, mit der Interpellation besonders streng nahm [4]. Vielleicht bezog sich Fr. 2. Dig. de naut. foen. ursprünglich gerade auf die bei der Pecunia trajectitia so gewöhnliche Conventionalstrafe.

Mascov und Dirksen haben diese Controverse der Schulen nicht berührt. Gewiß ist sie aber nicht unbedeutend für den neueren Streit über die Regel: Dies interpellat. Denn, wollte ein Theil der älteren römischen Juristen selbst den besonderen vertragsmäßigen Nachtheil der Nicht-

1) Nach der richtigen Lesart. S. Cuiacii Obs. Lib. XIX. c. 37.

2) Mascov de Sectis Sabin. et Procul. Cap IX. §. XXXI. Dirksen über die Schulen der röm. Jur. Cap. 1. §. 2. Nr. XVIII. In den Beitr. zur Kunde des R. R. S. 113.

3) Zimmern Gesch. des röm. P. R. Bd. 1. S. 358.

4) Fr. 2. Dig. de naut. foen.

erfüllung an dem gesetzten Tage, bei der Lex commissoria und der Stipulatio poenae, nur durch Interpellation eintreten lassen, so ist um so weniger denkbar, daß man dem bloßen Eintritte des Dies, ohne Interpellation, die Wirkung der Mora beigelegt habe. Und da umgekehrt das neuere römische Recht bei den vertragsmäßigen Nachtheilen der Säumigkeit, im Falle des bestimmten Zahlungstages, speciell und entscheidend hervorhebt, daß es für ihren Eintritt keiner Interpellation bedürfe, diese Entscheidung aber lediglich [1]) darauf beruht, daß es sich dort blos um Aufrechterhaltung des besonderen Vertrags, der eingetretenen Bedingung handelt, so liegt auch hierin gewiß ein sehr erheblicher Grund gegen die Regel: Dies interpellat.

Thibaut [2]) hat freilich auch diesem Standpunkte eine ganz andere Richtung zu geben gesucht. Er leugnet den Unterschied zwischen verabredeten und gesetzlichen Wirkungen der Mora. Dieser Unterschied sei 1. unnatürlich, indem, wenn jene ohne Interpellation eintreten sollten, bei verpönten Angelobungen, „wo von dem Härtesten und reiner Willkühr die Rede sei", eine Strenge angewendet wäre, die man sonst nicht gekannt. In den Quellen würden 2. nirgends die vertragsmäßigen Wirkungen der Mora von den gesetzlichen unterschieden. Justinian gründe 3. in der L. Magnam die Entscheidung nicht darauf, daß bei verabredeten Wirkungen des Verzugs etwas Besonderes eintrete, sondern auf

1) Die L. Magnam sagt ausdrücklich „pro stipulationis tenore", und Fr. 47. Dig. de act. emti, verpflichtet die Erben des Promissor deshalb zur Entrichtung der von demselben versprochenen Strafe, weil dies eine Strafe „ex contractu" sei.

2) a. a. O. S. 50. 51. Thibaut's Entwickelung wörtlich hierherzusetzen, würde zu weit führen. Ich habe aber seine Gedanken gewissenhaft angegeben, und bin nur darin von ihm abgewichen, daß ich das Zusammengehörige zusammengezogen und dadurch, dem Sinne unbeschadet, ihrer Reihenfolge eine etwas veränderte Ordnung gegeben habe.

die Schlußworte: cum ea, quae promisit etc., „welcher sehr gute Grund offenbar auf jede Verabredung eines dies fixus, und damit auf alle Folgen der Mora passe.“ In den besten Zusammenhang komme dagegen 4. Alles durch die umgekehrte Voraussetzung, daß der Eintritt des Dies schlechthin Mora begründe. Dann habe man auch bei den verabredeten Wirkungen dasselbe Princip befolgt. Indessen hätte sich hier eine Bedenklichkeit gezeigt; zwar nicht, wo nur vom Schadensersatz und einem Privatinteresse die Rede gewesen, wo man, so viel wir wüßten, ganz unbedenklich keine Interpellation erfordert, L. 4. §. ult. de lege comm. L. 9. §. 1. de usur., — aber, wo von Strafen die Rede gewesen, von Strafen, welche das Interesse überstiegen, und so eine reine Buße und Züchtigung werden könnten, ganz aus eben den Gründen, warum unsere Praxis überall, ungeachtet ihres Dies i. p. h., nicht leicht ehe mit einer scharfen Maaßregel dazwischen fahre, als bis gehörig abgerathen und gewarnt sei.“ Solche Rücksichten wären auch den Römern nicht fremd gewesen. Gai. II. 91. 160. Nov. 115. c. 3. §. 12. Justinian habe aber dennoch, wegen der vertragsmäßigen Unterwerfung unter die Pön beim dies fixus, mit Recht entgegengesetzt entschieden, und dadurch wären die vertragsmäßigen und die gesetzlichen Wirkungen desselben schlechthin gleichgestellt.

Zur gründlichen Widerlegung dieser Auseinandersetzung werden die vier bezeichneten Abtheilungen derselben einzeln geprüft werden müssen. Im Allgemeinen muß ich aber ein für allemal die Bemerkung voraus schicken, daß hier eigentlich gar nicht von einem Unterschiede vertragsmäßiger und gesetzlicher Wirkungen der Mora, sondern nur des Dies, oder der Nichterfüllung an demselben die Rede sein kann. Beide sind sehr verschieden und können nur dann als gleichbedeutend gebraucht werden, wenn die Regel: Dies interpellat bewiesen ist, was aber zur Zeit weder von Thibaut, noch von einem Anderen geschehen ist. Im Einzelnen Folgendes:

1. Nicht unnatürlich, sondern ganz dem Wesen des Vertrags entsprechend ist es, wenn der, welcher sich vertragsmäßig einem Nachtheil unterworfen, rücksichtlich des Eintritts desselben strenger behandelt wird, als der, bei welchem ein Nachtheil, ohne Mitwirkung seines Willens, blos nach der Consequenz des Rechts, eintreten soll. Jener hat den Nachtheil für den bestimmten Fall freiwillig übernommen; bei ihm muß er daher mit demselben schlechthin eintreten, es bedarf naturgemäß keiner Interpellation. Ganz anders in dem entgegengesetzten Falle; in diesem ist es daher durchgreifendes Princip des römischen Rechts, daß der Nachtheil erst durch Interpellation eintritt. Unter diesen Gesichtspunkt gehören, außer der Mora, viele andere Verhältnisse, wie Gai. und Nov. 115. a. a. O. c. un. Th. Cod. de usur. rei iud. Fr. 1. §. 3. Dig. de pericul. et commod. rei vend. Fr. 4. Fr. 5. Dig. de pignor. act.

2. Marcian stellt, übereinstimmend mit vielen anderen oben angeführten Stellen, in Fr. 32. pr. §. 1. Dig. de usur., den allgemeinen Grundsatz auf, daß Mora nur durch Interpellation entstehe. Es ist gezeigt worden, daß die Quellen diesen Grundsatz auch bei betagten Forderungen anerkennen; es wird gezeigt werden, daß die Stellen, welche man für das Gegentheil anführt, dies nicht enthalten. Dagegen sind drei Fälle bemerkt worden, wo, bei vertragsmäßigen Nachtheilen der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit, ausdrücklich hervorgehoben wird, daß es hier keiner Interpellation bedürfe:

a. bei dem Vertrage: „ut tardius pecuniae illatae usuras deberet.“

b. Bei der Lex commissoria;

c. Bei der Poenae stipulatio.

Unterscheiden nun die Quellen nirgends zwischen den vertragsmäßigen und den gesetzlichen Folgen der Nichterfüllung?

3. Justinian handelt in der L. Magnam überhaupt nicht von einem Gegensatze vertragsmäßiger und gesetzlicher Folgen der Nichterfüllung, sondern allein von den vertragsmäßigen. Sein Entscheidungsgrund ist aber allerdings: die besondere Verabredung. Er sagt, wie schon S. 170. Not. 1. bemerkt worden, ausdrücklich, die Strafe solle ohne alle Admonition verfallen: „*pro stipulationis tenore*". Die Schlußworte: „cum ea, quae promisit", sind nur eine Erläuterung jenes Entscheidungsgrundes, und passen in keiner Weise auf jede Verabredung eines dies fixus, und damit auf alle Folgen der Nichterfüllung. Justinian sagt: „da er sich dessen, was er in jener Stipulation — das ist der Zusammenhang mit den Worten „pro stipulationis tenore" — versprochen, ohne fremde Admonition von selbst erinnern muß." In jener Stipulation hat er aber nicht versprochen, an dem bestimmten Tage zu erfüllen, sondern, wenn er an demselben nicht erfüllt, eine Strafe zu bezahlen. Das Object der Stipulation ist nicht die Erfüllung, sondern die Strafe. Dieses vertragsmäßig übernommenen Nachtheils soll er sich erinnern, nicht einer Erfüllungsverbindlichkeit an dem bestimmten Tage, die er gar nicht übernommen. Wie paßt nun diese Bemerkung auf eine einfache Verabredung eines bestimmten Zahlungstages, durch welche, wie gezeigt wurde, der Schuldner so wenig, wie durch jene Stipulation positiv verspricht, an dem Tage zu zahlen, sondern der Gläubiger nur das Recht erhält, nach Ablauf derselben von ihm zu fordern? Wessen kann er sich, um in Justinian's Ideengange fortzufahren, hier erinnern? Doch nur, daß der Gläubiger nur von ihm zu fordern berechtigt, daß seine Schuld fällig ist, nicht, daß er schlechthin zahlen muß, da er sich hierzu nicht verpflichtet, während er, durch die Strafstipulation, positiv die Strafe für den Fall der Nichterfüllung versprochen, die deshalb vertragsmäßig ohne Interpellation verfällt. Aus den

Schlußworten der Constitution kann mithin nicht das Mindeste für den Fall der bloßen Verabredung eines Dies fixus gefolgert werden.

4. Der vierte Abschnitt der Thibaut'schen Argumentation beseitigt sich durch das Bisherige. Nur auf eine specielle Unrichtigkeit in demselben will ich noch aufmerksam machen. Diese betrifft die Behauptung, daß die Bedenklichkeit, ob die vertragsmäßigen Nachtheile der Nichterfüllung erst durch Interpellation, oder ohne solche eintreten, sich auf den Fall verabredeter Strafe beschränkt, bei anderen Nachtheilen, so viel wir wüßten, nicht obgewaltet habe. Entschieden unrichtig ist dies rücksichtlich der Lex commissoria. Bei dieser gedenkt Fr. 4. §. 4. Dig. de leg. comm. derselben Controverse, wie der durch Justinian rücksichtlich der Conventionalstrafe entschiedenen. Ja, nach dem ganzen Zusammenhange der Quellen, dürfte sich die Controverse auf alle vertragsmäßigen Nachtheile der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit erstreckt haben. Zu dieser Vermuthung führt der Umstand, daß bei den beiden bezeichneten der Controverse ausdrücklich gedacht wird, bei dem Zinsversprechen aber Papinianus ebenfalls besonders hervorhebt: Dies verfalle ohne Interpellation. Auch dies deutet auf eine entgegengesetzte Ansicht. Der Zweifelsgrund lag mithin nicht, wie Thibaut meint, in der eigenthümlichen Beschaffenheit der Strafstipulation. Die Frage war: bedarf es, bei betagten Forderungen, auch zum Eintritte der besonders bedungenen Nachtheile der Nichterfüllung an dem bestimmten Tage, der Interpellation, wie zum Eintritte des nichtbedungenen, der Mora?

Durch die hiermit beendigte Untersuchung sollte gezeigt werden, daß die Verwerfung der angeblichen Regel: Dies interpellat pro homine, auch dem Rechtsverkehr des Lebens keine Gefahr drohe, indem es nicht an anderen Sicherungsmitteln gegen die Nachtheile der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit fehle, und die Quellen, dieser vielfach gedenkend, auch

in so fern ein vollkommen harmonisches System darbieten. Jetzt sind die Stellen zu prüfen, durch welche man die Regel zu beweisen versucht hat. Diese sind von großer Anzahl, und werden daher zweckmäßig unter die, durch ihren Gehalt normirten, allgemeinen Gesichtspuncte zusammenzufassen sein.

I. Stellen über vertragsmäßige Nachtheile der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit.

1. Über Zinsversprechen.

Papinianus Lib. IX. Responsor. [1].

Usurarum stipulatio, *quamvis debitor non conveniatur*, committitur, nec innutilis legitimae usurae stipulatio videtur sub ea conditione concepta: *si minores ad diem solutae non fuerint?* non enim *poena*, sed *foenus uberius* iuxta rationem sortis promittitur.

2. Über Lex commissoria.

Ulpianus Lib. XXXII. ad Edict. [2].

3. Über Poenä stipulatio.

Gaius Lib. IV. ad Edict. prov. [3]

Africanus Lib. VII. Quaest. [4].

Papinianus Lib. XI. Responsor. [5].

Pecuniae foenebris, *intra diem certum debito non soluto*, dupli stipulatum in altero tanto supra modum legitimae usurae respondi non tenere; quare, pro modo cuiuscunque temporis superfluo detracto, stipulatio vires habebit.

Ulpianus Lib. XIII. ad Edict. [6].

Idem Celsus ait: si arbiter me *tibi certa die* pecuniam dare iusserit, tu accipere noluisti, posse defendi, ipso iure poenam non committi.

---

1) Fr. 9. §. 1. Dig. de usur.

2) Die bereits oben abgedruckte L. Marcellus 4. §. ult. Dig. de leg. comm. S. 166. Not. 3.

3) Fr. 21. § 8. 9. Dig. de recept.

4) Die bereits oben abgedruckte L. Traiectitiae 23. Dig. de O. et A. S. 168. Not. 1.

5) Fr. 9. pr. Dig. de usur.

6) Fr. 23. §. 3. Dig. de recept. — L. 23. pr. §. 1. eod. Fr. 24

Paullus Lib. VI. Responsor. [1]).

Lucius Titius, accepta pecunia ad materias vendendas sub *poena certa,* ita ut, si non integras res praestiterit, intra *statuta tempora*, in *poenam* conveniatur, partim datis materiis decessit. Quum igitur testator *in poenam* commiserit, neque heres reliquam materiam exhibuerit, an et in *poenam* et *usuras* conveniri possit? praesertim cum emtor, mutuatus pecuniam, usuras gravissimas expendit. Paullus respondit: ex contractu, de quo quaritur, etiam heredem venditoris in *poenam* conveniri posse; in actione quoque ex emto, officio iudicis, post *moram* intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Paullus Lib. LVIII. ad Edictum. [2]).

Ad *diem* sub *poena* pecunia promissa, et ante diem mortuo promissore, committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.

Imp. Justinianus A. Mennae P. P. [3]).

Das Allgemeine dieser sämmtlichen, großen Theils schon oben besprochenen Stellen, ist: daß die drei bezeichneten, besonders bedungenen Nachtheile der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit, durch diese selbst ohne Interpellation, verfallen, wenn nicht besondere exculpirende Gründe vorliegen, wohin aber nicht gehört, wenn der Promittent gestorben und nun nach seinem Tode der Tag eingetreten ist, ehe ein Erbe vorhanden war, welcher den Vertrag hätte erfüllen können. Aus diesem Verfallen des bedungenen Nachtheils durch den bloßen Ablauf der Zeit hat man geschlossen, daß auch die Mora, bei betagten Forderungen, durch bloßen Zeitablauf begründet werde.

1) Fr. 47. Dig. de act. empt.

2) Fr. 77. Dig. de V. O. Dasselbe sagt Fr. 9. Dig. de naut. foen.

3) Die bereits oben abgedruckte L. Magnam. Cod. de contr. et com. stip. S. 168. Not. 4.

Darauf ist aber, seit Ferretus, von vielen Civilisten mit Recht erwidert worden: daß keine der angeführten Stellen mit dem Ablaufe des Dies Mora und deren rechtliche Wirkungen eintreten lasse, daß überhaupt von Mora und deren Wirkungen in ihnen nicht die Rede sei, sondern lediglich vom Verfalle der für die Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit bedungenen Nachtheile, und daß davon durchaus nicht auf gleichzeitigen Eintritt der Mora, oder daß diese ebenfalls durch bloßen Zeitablauf entstehe, geschlossen werden könne. Der Verfall jener Nachtheile ist allerdings eine mittelbare Folge der Nichterfüllung an dem gesetzten Tage. Aber nicht jede Nichterfüllung als solche, sondern nur culpose Verzögerung der fälligen Zahlung, ist Mora. Die bloße Nichterfüllung der betagten Forderung, nach abgelaufener Frist, ist aber, wie gezeigt worden, weil der Schuldner dadurch nicht schlechthin Zahlung nach derselben verspricht, sondern die Forderung dadurch zunächst nur fällig wird, keine Culpa. Die Bedingung eines besonderen Nachtheils, für den Fall der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit, ändert dies Verhältniß nicht. Durch einen solchen Nebenvertrag übernimmt der Schuldner nur selbstständig einen außerordentlichen Nachtheil für den Fall der Nichterfüllung. Zu diesem obligirt er sich, aber zu der Erfüllung selbst obligirt er sich dadurch nicht weiter und nicht stärker, als ohne solche Übereinkunft. A. verkauft dem B. hundert Scheffel Getraide und creditirt das Kaufgeld unverzinslich auf ein Jahr; zugleich wird ausgemacht, daß, wenn B. mit dem Ablaufe des Jahres nicht zahle, er das Geld verzinsen, oder zehn Thaler Conventionalstrafe bezahlen solle. Diesem Vertrage entspricht B. vollständig dadurch, daß er nach Ablauf des Jahres Zinsen, oder die Conventionalstrafe bezahlt. Daß er das Kaufgeld nicht zahlt, ist an sich kein Verstoß gegen den Vertrag, durch welchen er rücksichtlich der Zahlung des Letzteren keine neue Verpflichtung übernommen. Mithin be-

gründet die Nichterfüllung zu der gesetzten Zeit als solche, auch unter dem Hinzutritte bedungener Nachtheile, keine Culpa und deshalb keine Mora in der Person des Schuldners. Deshalb kann von jener Folge der Nichterfüllung, dem Verfall des bedungenen Nachtheils, nicht auf den Eintritt der Mora zurückgeschlossen werden, und deshalb beweisen jene sämmtlichen Stellen nichts für die Regel: Dies interpellat.

Es ist wirklich merkwürdig, daß schon so viele Juristen dies ausgesprochen, daß selbst die entschiedensten Vertheidiger der Regel, wie Cujacius [1]) und Masius [2]) dies ausdrücklich anerkannt haben, daß jener daher ausdrücklich erklärt hat, ,aus dem Hauptinhalte der L. Magnam, folge nichts für die Mora, dieser, daß man sich auf alle von dem bloßen Verfall der Conventionalstrafe redenden Stellen, hier gar nicht berufen könne — und daß dessenungeachtet Thibaut den ganzen Unterschied des Verfalls bedungener Nachtheile und des Eintritts der Mora, nebst allem, was darüber seit Jahrhunderten gesagt worden ist, theils ignorirt, theils mißkannt hat.

Zwei der hervorgehobenen Stellen sind indessen noch besonders zu prüfen, weil man sich auf sie noch aus einem zweiten Grunde berufen.

1. Die L. Lucius Titius.

In dieser Stelle ist nicht allein von Conventionalstrafe, sondern auch von Zinsen die Rede. Die Frage ist, ob, da der Erblasser den Vertrag zu der gesetzten Zeit nicht ganz erfüllt, nun die Strafe und Zinsen gefordert werden könnten? Paullus scheint, nach einer oberflächlichen Ansicht des Fragments, beides schlechthin zu bejahen, und da er die Zinsverbindlichkeit zugleich auf Mora gründet, so schließt man auch aus diesem Umstande, daß die Mora durch den bloßen Eintritt des Dies entstehe. Dieser Argumentation

1) S. 116. Not. 2.

2) S. 119. Not. 5.

steht entgegen: Die Anfrage geht allerdings ungetheilt auf Beides, Strafe und Zinsen. Nicht so die Antwort. Rücksichtlich jener erwidert der Jurist geradezu: diese könne im gegenwärtigen Falle, ex contractu, de quo quaeritur, vom Erben gefordert werden. Nun bricht er aber, zu der Mora übergehend, die Betrachtung des ihm vorgelegten Falles, als solchen ab, und erklärt nur, in einer ausweichenden Wendung, abstract: auch Zinsen könnten bei der Actio ex emto, vom Eintritt der Mora an, officio iudicis gefordert werden. Er sagt mithin nicht, daß hier, wie ihm die Sache vorgestellt worden, blos vermöge des Ablaufs der Zeit und des Verfalls der Strafe, Verzugszinsen gefordert werden könnten, mithin indirect, daß jene Umstände Mora begründet hätten, sondern der Sinn ist: die Strafe ist schlechthin verfallen, Zinsen können aber nur gefordert werden, wenn der Schuldner sich auch in Mora befindet. Dadurch wird vielmehr gerade umgekehrt anerkannt, daß der Eintritt des Dies, der Verfall der Conventionalstrafe, an sich keine Mora begründe. So bestätigt denn die Stelle, welche auch Thibaut [1]) wieder in der eben widerlegten Weise interpretirt hat, weit entfernt die Regel zu unterstützen, durchaus die obige Auseinandersetzung des Verhältnisses des Verfalls der Conventionalstrafe mit dem Ablaufe der Zeit, zu dem Eintritte der Mora.

2. Die L. Magnam.

Man hat sich bei dieser Stelle, welche von jeher als ein Hauptargument für die Regel angeführt worden ist, theils auf ihre Entscheidung über den Verfall der Conventionalstrafe durch den bloßen Ablauf des Dies, theils auf die in den Schlußworten „cum ea, quae promisit etc.“, angeblich ausgedrückte Ratio legis berufen. Entschieden ist mithin, daß die Lex an sich, womit auch ihre Stellung in dem Titel de contr. et comm. *stipulatione* übereinstimmt, in keinem

1) a. a. O. S. 52. 53.

Worte von der Mora handelt. Was man aus ihr auf diese bezogen hat, ist nur Argumentation aus ihrem sonstigen Inhalte, und muß schon deshalb, den oben entwickelten Gründen gegen die Regel gegenüber, als höchst bedenklich erscheinen. Es ist aber noch weiter gezeigt worden, daß aus dem Verfalle der Conventionalstrafe nichts folgt für den Eintritt der Mora, und daß jene Schlußworte keinesweges die Ratio legis selbst, sondern nur eine Erläuterung derselben enthalten, aus welcher ebenfalls keine Analogie für die Mora gewonnen werden kann.

Insbesondere kann daraus nicht gefolgert werden, daß, weil der Schuldner die Erfüllungszeit kenne, und er sich deren erinnern müsse, der Eintritt des Dies ihn in Mora versetze. Denn die Schlußworte sprechen nicht von Erinnerung an den Dies, sondern, wie ebenfalls schon gezeigt wurde, an sein Versprechen, ea, quae promisit, d. h. an die versprochene Strafe. Daß aber die bloße Hinzufügung eines Dies certus rechtlich blos das Forderungsrecht des Gläubigers, die Fälligkeit suspendirt, und kein besonderes Versprechen, an welches man sich erinnern könnte, enthält, ist ebenfalls wiederholt nachgewiesen worden. Die Kenntniß der Fälligkeit der Foderung vermag aber den Schuldner, welcher dessenungeachtet nicht unaufgefordert zahlt, wie früher ausführlich bewiesen wurde, so wenig bei der betagten, als bei der unbetagten Forderung, in Culpa, und deshalb in Mora zu versetzen.

Nach diesen Vordersätzen beurtheilt sich eine Reihe anderer Argumente, welche man mit dem Schlusse der L. Magnam in Verbindung gesetzt hat.

a. Ulpianus Lib. XXVIII. ad Sabin. [1]).

Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit, (scl. venditor) in celanda servitute, debere eum teneri,

1) Fr. 1. in f. Dig. de act. emt. — Fr. 11. §. 15. 16. Dig. eod.

non si securitati suae prospectum voluit. Haec ita vera sunt, si emtor ignoravit servitutem, quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.

Zur Würdigung dieser Stelle brauche ich nicht zu erwähnen, welche unsäglichen Irrthümer dadurch in die Wissenschaft gekommen sind, daß man beiläufige allgemeine Äußerungen, aus ihrer Beziehung herausgerissen, als Waffen gegen klare specielle Bestimmungen gebraucht hat. Hier entscheidet schon der Umstand, daß der Schuldner durch den Eintritt des Dies nur Kenntniß der Fälligkeit erhält, die ihm daher auch nicht erst der Gläubiger zu verschaffen braucht, jene Kenntniß aber keine Mora zu begründen vermag.

Dieses Alles mag zugleich

b. Gegen die Berufung auf die Interpretation des aedilicischen Edicts gesagt sein, nach welchem der Verkäufer dem Käufer die offenbar vorliegenden Fehler der Sache, weil er diese selbst bemerken muß, nicht anzuzeigen braucht [1].

c. Pomponius Lib. XXII. ad Sabinum. [2]).

Quod te mihi dare oportet, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum, constat. Sed quum quaeritur: an per te factum sit? animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit, nec ne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit, nec ne, *sed etiam, si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere.*

Selbst Thibaut [3]) hat keinen Anstand genommen, diese Stelle, welche schon in der griechischen Jurisprudenz des Mittelalters die Regel: Dies interpellat, mit veranlaßte, so zu interpretiren:

1) Fr. 1. §. 6. Fr. 14. §. 10. Dig. de aedil. ed.
2) Fr. 5. Dig. de reb. cred.
3) a. a. O. S. 52.

„Also: wer gute Gründe hat, warum er weiß, daß er jetzt geben muß, von dem kann und muß man sagen, es hat an ihm gelegen, und damit erscheint er von selbst als säumig."

Auf diese Weise soll Pomponius die Theorie bestätigen, daß die Kenntniß des bestimmten Zahlungstages den Schuldner, beim Eintritte desselben, in Mora versetze.

Ich werde, statt aller umständlichen Widerlegung, nur die richtige Interpretation des Fragments herzusetzen brauchen. Pomponius untersucht, was Alles dazu gehöre, damit dem säumigen Schuldner Culpa d. h. Mora beigemessen werden könne. Dazu genüge nicht: a. daß er die Erfüllung in seiner Gewalt gehabt, oder sie b. dolo malo vereitelt, sondern es werde c. auch erfordert, das Dasein eines Rechtsgrundes, aus welchem er sich für obligirt zu halten habe. Dies ist der Sinn der Schlußworte: „sed etiam, si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere. Davon ist nicht die Rede, daß, „wer wisse, daß er jetzt geben müsse", in Mora sei. Pomponius sagt lediglich, zur Mora gehöre auch, daß dem Schuldner ein triftiger Rechtsgrund für die Forderung bekannt sei [1]). „Dare oportere" bezeichnet nur das Dasein einer civilis Obligatio [2]), nicht die Fälligkeit derselben, daß man jetzt geben müsse. Mithin sagt Pomponius durchaus nicht, daß Kenntniß der Fälligkeit d. h. des eingetretenen Dies Mora begründe.

II. Stellen über Aestimatio.

Mehrere Stellen [3]) stimmen darin überein, daß die Aestimatio bei unbetagten Obligationen, im Falle der Mora des Schuldners, nicht nach den gewöhnlichen Zeitpunkten, Litiscontestation und Urtheil, sondern nach dem, dem Gläu-

1) S. Fr. 24. pr. Dig. de usur. Fr. 63. Fr. 99. Dig. de R. I.
2) Elvers Promptuar. Gaian. p. 168—170.
3) Fr. 3. in f. Dig. de cond. trit. Fr. 37. in f. Dig. mand.

biger günstigsten Momente vom Eintritte der Mora an, bestimmt wird. Viele andere Stellen [1]) erklären dagegen, bei betagten richte sich die Aestimatio nach dem Eintritte des Dies. Aus der Combination dieser und jener Stellen hat man geschlossen, daß bei betagter Forderung die Mora ohne Weiteres mit dem Dies beginne. Dieser Schluß ist nach allen Seiten unhaltbar. Daraus, daß sich bei unbetagten Forderungen die Aestimatio, wenn der Schuldner in Mora war, nach dieser richtet, folgt nicht, daß auch bei betagten der Eintritt der Mora den Zeitpunkt der Schätzung bestimme, und, da der Eintritt des Dies als solcher bezeichnet wird, mit ihm die Mora beginne. Der Dies bildet vielmehr, als Maaßstab der Schätzung bei betagten Forderungen, den Gegensatz zu den Zeitpunkten, nach welchen dieselbe bei unbetagten, ohne Dazwischenkunft einer Mora, beurtheilt wird, d. h. der Litiscontestation und des Urtheils, nach dem Unterschiede der stricti iuris und bonae fidei actio [2]).

III. Stellen, welche die Regel: Dies interpellat, direct beweisen sollen.

Diese sind größten Theils von solcher Beschaffenheit, daß man sich, nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft und der Exegese, nur mit Widerwillen zur Widerlegung dessen, was frühere Zeiten, bei unzusammenhängender Auffassung der Quellen und des gesammten Rechtsstoffes, aus ihnen hergeleitet haben, entschließen kann. Dessenungeachtet muß, der Vollständigkeit wegen, auch noch dieser Schritt gethan werden. Die Stellen mögen, in Ermangelung innerer Verbindung, nach der Reihenfolge, in welcher sie in den Quellen dastehen, bemerkt werden.

1. Gaius Lib. XXIX. ad Edict. [3]).

Et si post tres, aut quinque, pluresve dies, quam

1) S. 140. Not. 2. 3. 4.

2) v. Wening-Ingenheim Lehrb. B. III. §. 22. §. 104.

3) Fr. 8. Dig. Si quis cautionib.



iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius *ex mora* deterius factum sit, consequens est dici, defendi eum debere per exceptionem.

Diese nicht unbedeutende Stelle handelt von der Cautio de iudicio sisti. Der Beklagte, welcher sich auch erst mehrere Tage, nach dem in der Caution bestimmten Termine, zum Judicium sistirt, soll dennoch, sofern das Recht des Klägers „*ex mora* non deterius factum“, noch mit der Exceptio, daß er rei publicae causae abwesend war — dies ergiebt der Zusammenhang mit dem vorangehenden Fragmente — gehört werden. Daraus schließt man, daß der bloße Eintritt des Dies den Schuldner in Verzug bringe.

Dieser Schluß würde auf verschiedenen Wegen beseitigt werden können. Man könnte sagen: hier sei nur von Mora in dem weiteren untechnischen Sinne die Rede, in welchem jede Nichterfüllung einer fälligen Forderung dadurch bezeichnet wird. Man könnte sagen: aus dem Zusammenhange gehe gar nicht hervor, daß Gajus die Mora, durch welche das Recht des Klägers gelitten, von dem Eintritte jenes Termins an datire, indem er nur überhaupt sage „wenn das Recht des Klägers nicht durch Mora gelitten.“ Ich glaube jedoch, daß man der Stelle durch beide Interpretationen Zwang anthun würde, und daß sie wirklich von einer, durch den Eintritt des Dies begründeten Mora im engeren Sinne verstanden werden muß, ohne dadurch die Regel: Dies interpellat zu unterstützen.

Die Cautio de iudicio sisti enthält nämlich das Versprechen, sich zu einer bestimmten Zeit an einen bestimmten Ort zu stellen. Die Nichterfüllung eines solchen Versprechens begründet aber, auch ohne Interpellation, Mora, Mora ex re. Dafür spricht 1. die Analogie der Mora creditoris, welche, regelmäßig nur durch Verweigerung der Annahme der gehörig dargebotenen Leistung begründet, auch ohne solche dadurch entsteht, daß sich der Gläubiger nicht zu der bestimm-

ten Zeit, an dem zu der Empfangnahme bestimmten Orte, einfindet [1]). 2. Der Grundsatz, daß Mora ex re entsteht, wenn zur Zeit der Fälligkeit, an dem Orte, wo die Interpellation geschehen müßte, Niemand, an welchen sie gerichtet werden könnte, ex parte debitoris vorhanden ist [2]). Da nun das Versprechen, die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte zu entrichten, etwas ganz Anderes ist, als die einfache Adjectio diei, so folgt aus der L. Et si post tres nichts für die Regel: Dies interpellat.

2. Ulpianus Lib. XXVII. ad Edict. [3]).

Sed et certo loco et *tempore* constituere quis potest. — Ait Praetor: „si appareat, eum, qui constituit, neque solvisse, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quo minus fieret, quod constitutum est." — Haec autem verba Praetoris: „neque fecisse" utrum *ad tempus constituti* pertineant, an vero usque ad litis contestationem trahamus, dubitari potest. Et puto, *ad tempus constituti.*

Paullus Lib. XXIX. ad Edict. [4]).

Si sine die constituas, potest quidem dici, te non teneri, licet verba edicti late pateant, — alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim, ut constituisti, non solvas — sed modicum tempus statuendum est, non minus decem dierum, ut exactio celebretur.

---

1) Fr. 18. pr. Dig. de pecun. const.

2) Fr. 23. §. 1. Dig. de usur. Fr. 2. Dig. de naut. foen. Jedoch, nach Fr. 2. cit., unter Voraussetzung einer Testation, aus welcher sich ergiebt, theils, daß der Schuldner selbst an dem Orte der Interpellation gegenwärtig war, theils daß er wirklich interpelliren wollte. In gleicher Weise muß auch bei der bezeichneten Mora ex re des Schuldners eine Testation über des Gläubigers Anwesenheit an dem bestimmten Orte, zu der bestimmten Zeit, erfordert werden. — Fr. 18. pr. Dig. de pec. const.

3) Fr. 16. §. 1. 2. 4. Dig. de pec. const.

4) Fr. 21. §. 1. eod.

Diese Stellen sind für die Regel völlig indifferent. Insbesondere folgt für sie nichts daraus, daß, nach Ulpian, der für die Erfüllung bestimmte Termin den Zeitpunkt bildet, nach welchem beurtheilt wird, ob der Beklagte dem Constitutum entsprochen, oder nicht. Damit ist nicht gesagt, daß ihn die Nichterfüllung an demselben schlechthin in Mora versetze, so wenig, als dies aus dem Grundsatze folgt, daß, bei betagten Forderungen, der Dies den Maaßstab der Aestimatio bildet. Paullus entwickelt nur die Anwendung des Grundsatzes: Quod sine die debetur, statim debetur, auf ein unbetagtes Constitutum.

3. Paullus Lib. III. Quaestion. 1).

Lecta est in auditorio Aemilii Papiniani, Praefecti Praetorio, Iurisconsulti, cautio huiusmodi:

„Lucius Titius scripsi, me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo, et haec quindecim proba recte dari *Kalendis futuris* stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius. Si *ea die* supra scripta summa Publio Maevio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit, tunc eo amplius, quo post solvam, *poenae nomine* in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius, convenitque inter nos, uti Publio Maevio ex summa supra scripta, menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa, ei, heredive eius."

Quaesitum est de obligatione usurarum, quoniam numerus mensium, qui solutioni competebat, transierat. Dicebam, quia pacta in continenti facta, stipulationi inesse creduntur, perinde esse, ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus, quoad tardius soluta

1) Fr. 40. Dig. de reb. cred.

esset, usuras adiecisset; igitur finito primo mense, primae pensionis usuras currere, et similiter post secundum et tertium tractum usuras non solutae pecuniae pensionis crescere, nec ante sortis non solutae usuras peti posse, quam ipsa sors peti potuerat. Pactum autem, quod subiectum est, quidam dicebant, ad sortis tantum solutionem pertinere, non etiam ad usurarum, quae priore parte simpliciter in stipulationem venissent, pactumque id tantum ad exceptionem prodesse, et ideo, non soluta pecunia statutis pensionibus, *ex die stipulationis* usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum. Sed quum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usurae *ex eo tempore quo moram fecit*, accedant, et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, quamvis sententia diversa obtinuerit, tamen usurarum obligatio ipso iure non committeretur; *non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.* Sed si quantitatem, quae medio tempore colligitur, stipulemur, quum conditio exstiterit, sicut est in fructibus, idem et in usuris potest exprimi, ut, *ad diem non soluta pecunia,* quod competit usurarum nomine, *ex die interpositae stipulationis praestetur.*

Die Controverse über die Pacta adjecta, welche diese Stelle enthält und veranlaßt hat, gehört nicht hierher. Der sonstige Inhalt des Fragments ist folgender. A. hat von B. ein Geldanlehn empfangen. Durch eine besondere Stipulation ist ein Zahlungstag gesetzt worden. Durch eine zweite Stipulation hat der Schuldner, für den Fall, daß er an demselben nicht zahlen sollte, von da an, *poenae nomine,* monatlich ein Procent Zinsen, centesimae usurae, versprochen. Durch ein Pactum adjectum ist aber noch ausgemacht worden, daß er von dem ganzen Capitale überhaupt monatlich 300 Denare Zinsen zahlen solle. Nach Ablauf des

Zahlungstages, entstand die Frage, wie die Zinsen zu berechnen seien? Paullus war der Meinung, der Zinsenlauf beginne von dem Eintritte des Zahlungstages, der Fälligkeit des Capitals. Andere meinten, man müsse unterscheiden zwischen den in der zweiten Stipulation, *poenae nomine* versprochenen Zinsen, und den in dem Pactum zugesicherten. Die letzteren wären, wenn die Zahlung des Capitals nicht zu der bestimmten Zeit erfolge, rückwärts von dem Tage der Eingehung der Stipulation an zu bezahlen, jene erst vom Tage der Fälligkeit. Paullus blieb aber dessenungeachtet bei seiner Ansicht, indem es, da die Fälligkeit des Capitals bis zu dem bestimmten Termine verlegt sei, consequent wäre, auch den Zinsenlauf erst von der Zeit der Säumigkeit, ex eo tempore, quo *moram* fecit, beginnen zu lassen, obgleich freilich ein Zinsversprechen auch so gefaßt werden könne, daß, wenn der Schuldner das Capital an dem gesetzten Tage nicht gezahlt, rückwärts vom Augenblicke des Versprechens an, Zinsen gezahlt werden müßten, was aber hier nicht der Fall sei.

Daraus nun, daß Paullus durch die Worte: „ex eo tempore quo *moram* fecit", den Moment bezeichnet, bis zu welchem die Fälligkeit des Capitals hinausgesetzt war, schließt man, daß der bloße Eintritt desselben den Schuldner in Mora versetze. Da jedoch hier lediglich von einem an die Nichterfüllung beim Eintritte des Dies geknüpften vertragsmäßigen Nachtheile die Rede ist, so kann nicht gezweifelt werden, daß hier blos von Mora in der weiteren Bedeutung, d. h. factischer Nichterfüllung, nicht von rechtlichem Verzuge die Rede ist.

4. Paullus Lib. IV. Responsor. [1]).

Diese Stelle darf unbedenklich übergangen werden. Sie spricht von einem als Resolutivbedingung hinzugefügten Dies *incertus*, gehört daher in keiner Beziehung hierher.

1) Fr. 59. §. 5 Dig. mandati.

5. Ulpianus Lib, XXXII. ad Edict.[1]).

Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit, item usurae pretii post *diem* traditionis; nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere.

Diese Stelle spricht zunächst nicht von einem dem Käufer gesetzten Zahlungstage. Daß aber auch die in ihr bezeichneten Zinsen keine Verzugszinsen sind, ist jetzt unbestritten[2]). Die Berufung auf das Fragment beruht mithin auf einer doppelten Verwechslun g.

6. Ulpianus Lib. XXIV. ad Sabin.[3]).

Sed et quum quis ita legasset: Heres meus Titio fundum dato, si non dederit, Sempronio dato, ita demum Sempronio debetur, *si dies eius in persona* Titii *non cessisset.*

Auch diese Stelle darf ich füglich auf sich beruhen lassen. Ebenso

7. Ulpianus eod.[4]).

wo wieder nicht von den rechtlichen Nachtheilen der Mora, sondern von den Wirkungen eines poenae nomine legatum die Rede ist.

8. Pomponius Lib. V. ad Sabinum.[5]).

Si ita stipulatus essem abs te: domum aedificari? vel heredem meum damnavero, insulam aedificare, Celso placet, non ante agi posse ex ea causa, quam tempus praeterisset, quo insula aedificari posset; nec fideiussores dati ante diem tenebuntur.

Auch hier keine Andeutung von Mora; nur der Grundsatz, daß die betagte Forderung erst mit dem Eintritte des Dies fällig wird.

1) Fr. 13. §. 20. Dig. de act. emti.
2) Fr. Vat. §. 2. c. 5. Cod. de act. emt.
3) Fr. 3. §. 3. Dig. de adim. leg.
4) Fr. 1. Dig. de penu leg.
5) Fr. 14. Dig. de V. O.

9. Pomponius Lib. IX. ad Sabin. [1]).

Si ex legati causa, aut ex Stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem eius tenearis mihi, *quam si per te steterit*, quominus vivo eo eum mihi dares, quod ita fit, si *aut interpellatus non dedisti*, aut *occidisti* eum.

Diese Stelle hat man so interpretirt: „Interpellatus" d. h. entweder durch Aufforderung zur Zahlung, oder per lapsum diei.

10. Pomponius Lib. XXVII. ad Sabin. [2])

Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus praeteritis anni vel mensis, non recte petet.

Wie bei der oben berührten L. Si ita stipulatus essem.

11. Paullus Lib. XXXVII. ad Edict. [3]).

Die wiederholt besprochene L. Si promissor., wo man das „interpellatus" wieder, wie bei der L. Si ex legati causa. interpretirt hat.

12. Ulpianus Lib. XX. ad Edict. [4]).

Plane si insulam *fulciri* quis stipulatus sit, non est exspectandum, ut insula ruat, sic deinde agi possit, nec si insulam *fieri*, ut tantum temporis praetereat, quanto insula frabricari possit, sed ubi iam coeperit *mora faciendae insulae* fieri, tunc agetur, *diesque obligationi cedet.*

Das Mißverständniß fällt auch hier sogleich ins Auge. Daraus, daß in dem bezeichneten Falle erst die Mora des Schuldners die Forderung begründet und resp. fällig macht, tunc agetur diesque obligationi *cedet*, schließt man, daß der Dies jene bewirke. Während bei Ulpianus die Mora die Ursache, das cedere des Dies die Wirkung

1) Fr. 23. eod.
2) Fr. 42. eod.
3) Fr. 49. eod.
4) Fr. 72. §. 2. eod.

ist, dreht man die Sache um, zum Beweise daß Dies pro homine interpellire. Der wahre Sinn des Fragments, ist deutlich. Es handelt von einer unbetagten Forderung bei welcher, wie der Zusammenhang mit dem vorangehenden Paragraphen zeigt, zugleich eine Conventionalstrafe für den Fall der Säumigkeit stipulirt worden war. Solche Forderungen sind regelmäßig im Moment ihrer Eingehung fällig. Gehen sie aber auf Leistungen, deren factische Beschaffung längere Zeit erfordert, so wird die Forderung erst nach deren Verlauf fällig, und kann erst dann auf Erfüllung geklagt werden [1]. Ulpian geht jedoch noch einen Schritt weiter. Er gestattet dem Gläubiger, wenn der Promittent mit dem Beginn des Baues so lange gezögert hat, daß er ihn innerhalb jener Zeit nicht mehr vollenden könnte, nun so fort zu klagen, und läßt gleichzeitig den Verfall der Conventionalstrafe eintreten. Da die letztere aber eine bedingte Forderung war, so würde sie auch erst mit jenem Momente erworben, nicht bloß fällig, diesque obligationi *cedet*.

13. Paullus Lib. XVII. ad Plautium. [2]).

Si servum stipulatus fuero, et *nulla mora* intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est.

Bei den Worten „nulla mora", wird wieder dasselbe subintelligirt, wie bei der L. Si ex legati causa und der L. Si promissor.

14. Ulpianus Lib. XVII. ad Sabinum. [3])

Diese Stelle, welche nach Thibaut „der neuen Theorie bestimmt entgegen" sein soll, ist schon oben, unter V. interpretirt worden.

15. Scaevola Lib. V. Responsor. [4]).

Seia cavit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset,

1) Fr. 14. Fr. 98. §. 1. Fr. 137. §. 3. Dig. eod.
2) Fr. 91. eod.
3) Fr. 114. eod.
4) Fr. 135. §. 2. eod.

quum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam; deinde in continenti inter utrumque convenit, ut intra Kalendas Apriles primas universam summam mandator numeraret, et hortos acciperet. Quaeritur: quum ante Kalendas Apriles non omne pretium cum usuris a Lucio Titio Seiae solutum sit, interposito tamen modico tempore reliquum pretium cum usuris Seiae Titius solvere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit et usque in hodiernum per Titium non stet, quo minus reliquum solvat, an, si nihilo minus Lucius Titius universam pecuniam solvere paratus sit, ex stipulatu agere possit? Respondit: posse, si non multo post obtulisset, nec mulieris quicquam *propter eam moram interesset;* quod omne ad iudicis cognitionem remittendum est.

Daß diese Stelle mehr für sich zu haben scheint, als die Mehrzahl der früheren, will ich nicht bestreiten. Aber ihre Beweiskraft ist gewiß nicht höher anzuschlagen. Daß die Mora durch den bloßen Ablauf der Frist eingetreten sei, wird nicht gesagt, überhaupt der Umstand, ob durch, oder ohne Interpellation, nicht berührt. Deshalb läßt sich auch nicht behaupten, daß sie nur von Mora in weiterer Bedeutung rede. Der Zusammenhang scheint sogar mehr für das Gegentheil zu sprechen. Dann müßte aber, nach der bisherigen Entwicklung, die geschehene Interpellation auch präsumirt werden, und dem würde der Inhalt des Fragments nicht entgegen sein. Wer wird, einen Rechtsfall kurz erzählend, in welchem beiläufig Mora in Betracht kommt, zugleich weitläufig auseinandersetzen, daß nun auch bei jener allen rechtlichen Voraussetzungen ihres Eintritts genügt sei?

16. Ulpianus Lib. sing. de off. Curat. reip. [1]).

Si legatum vel fideicommissum fuerit ad opus relictum, usurae quae et quando incipiant deberi, rescripto Divi

1) Fr. 5. pr. Dig. de op. publ.

Pii ita continetur: „Si quidem *dies non sit* ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a Praeside provinciae tempus statuendum est, et nisi posuerunt heredes, usuras leviores intra sex menses, si minus semisses usuras reipublicae pendant. Si vero *dies datus est,* pecuniam deponant intra diem, si autem non invenire se statuas dixerint, aut de loco controversiam fecerint, semisses protinus pendant.“

Bei dieser Stelle, auf welche sich nach vielen Älteren auch Thibaut [1]) bezogen, ist es nicht leicht zu entdecken, welche Seite ihres Inhalts dazu irgend veranlassen konnte. Von Mora ist in dem ganzen Fragmente nicht die Rede. Daß die zu erlegenden Zinsen Verzugszinsen sind, kann man nur durch die Annahme in dasselbe hineintragen, daß alle, wegen nicht geleisteter Erfüllung zu erlegende Zinsen, absolut Verzugszinsen sein müssen. Die Stelle bietet aber selbst den directen Beweis dar, daß die hier in Frage stehenden, keine Verzugszinsen, sondern gesetzliche sind. Sie sollen auch unter Umständen bezahlt werden, wo wegen mangelnder Culpa, bald, weil die erforderlichen Statuen nicht zu heben waren, bald weil der Ort des Baues noch streitig ist, von Mora gar nicht die Rede sein könnte [2]).

17. Imp. Justinianus A. Demostheni. P. P. [3]).

Außer der L. Magnam Cod. de contr. stip., hat man sich auf keine andere Stelle so oft und so entschieden zum Beweise der Regel berufen, als auf diese [4]). Sie enthält die bekannte Bestimmung, daß der Grundherr berechtigt sein soll, die Emphyteuse einzuziehen, wenn der Emphytenta drei Jahre hindurch entweder den Zins nicht bezahlt, oder sich gegen den Herrn nicht, mittelst Beibringung der öffent-

1) a. a. O. S. 53. 54.
2) Fr. 5. Dig. de reb. cred. Fr. 63. Dig. de R. I.
3) c. 2. Cod. de iure emphyt.
4) Thibaut hat jedoch von ihr keinen Gebrauch gemacht.

lichen Quittungen, über die gehörige Entrichtung der Gutsabgaben ausgewiesen hat. Gegen die Entziehung der Emphyteuse soll er sich in einem solchen Falle, unter Anderem, auch nicht darauf berufen können, daß er nicht gemahnt worden sei, **quod non est super hac causa inquietatus:**

„cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem exspectare, sed *ultro sese offerre*, et debitum *spontanea voluntate* persolvere, secundum quod et *anteriore lege nostri numinis generaliter cautum est.*"

In diesen Worten soll nun direct und allgemein der Grundsatz ausgesprochen sein: daß der Schuldner mit dem Ablaufe der bestimmten Zahlungsfrist unaufgefordert zahlen müsse, daß mithin, wenn er dies nicht gethan, der bloße Zeitablauf Mora ex re begründe, und daß dieß auch in einer frühern Constitution des Kaisers, unter welcher man die L. Magnam versteht, allgemein bestimmt worden sei.

Zur Prüfung dieser Ansicht muß vor allen Dingen der Inhalt der Constitution genauer festgestellt werden. Von Mora und deren rechtlichen Nachtheilen ist zunächst auch in ihr gar nicht die Rede, sondern von einer Privationsstrafe, welche den Emphyteuta treffen soll, wenn er gewisse emphyteuticarische Obliegenheiten, nach Verlauf einer gewissen Zeit, nicht erfüllt. Jene Strafe soll aber mit dem Ablaufe der Zeit verfallen sein, auch wenn er nicht gemahnt wurde, **cum neminem oporteat conventionem, vel admonitionem exspectare, sed ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere**, nach welchem Principe, **secundum quod**, auch in einer früheren Constitution entschieden sei. Die Schlußworte, von **secundum quod** an, sagen nicht, daß jenes Princip in einer früheren Constitution als allgemeiner Grundsatz gesetzlich hingestellt, sondern nur, daß auch in jener nach ihr entschieden worden. Deshalb kann man sich auf sie nicht, wie geschehen ist, zur Vertheidigung der unrichtigen Interpretation der L.

Magnam berufen, daß diese allgemeine Mora ex re, durch bloßen Zeitablauf, verfügt habe.

Die ganze Beweiskraft der Stelle reducirt sich mithin auf die Worte „cum neminem oporteat — persolvere.“ Diese beschränken sich aber, als solche, in der allgemeinen Bedeutung, in welcher sie von den Vertheidigern der Regel genommen worden, durchaus nicht auf betagte Forderungen. Somit wäre denn, durch diese beiläufige Erklärung Justinian's, das ganze, in zahllosen Stellen seiner Rechtsbücher bis dahin anerkannte Erforderniß der Interpellation im römischen Rechte überhaupt gestrichen? Dagegen könnte nicht eingewendet werden, daß, weil sich die Constitution auf den Fall eines dies fixus beziehe, auch jene Erklärung auf diese Voraussetzung beschränkt werden müsse. Betrachtet man sie einmal als ein allgemeines, dem übrigen Inhalte der Constitution selbstständig gegenüberstehendes Rechtsprincip, so ist auch jene Beschränkung unzuläßig.

Daß aber eine solche Annahme unmöglich ist, und dem ganzen Geiste der Gesetzgebung Justinian's, der über eine so tief einschreitende Veränderung zuverläßig eine besondere Constitution gegeben hätte, widersprechen würde, bedarf keiner Nachweisung. Jene Worte müssen daher einen beschränkteren Sinn haben. Zu diesem hat Justinian selbst, durch die Beziehung auf seine frühere Constitution, den Weg gebahnt. Daß er darunter die L. Magnam gemeint, kann wohl nicht bezweifelt werden, theils nach der Analogie ihres Inhalts, theils weil von einer anderen, möglicherweise hierher gehörigen Constitution, keine Spur vorhanden ist. Die Bestimmung der L. Magnam ist aber, wie gezeigt worden, keine andere, als daß die, für den Fall der Nichterfüllung der betagten Forderung versprochene Conventionalstrafe, mit dem bloßen Zeitablaufe, ohne Interpellation verfallen soll, weil sich der Schuldner solcher ihm speciell angedrohten Nachtheile, auch unaufgefordert, erinnern müsse. Die c. 2. de iure emphyt.

knüpft nun an die Nichterfüllung des Canons und der Abgaben, innerhalb einer gewissen Zeit, eine gesetzliche Strafe, und auch diese soll aus demselben Grunde, aus welchem L. Magnam hervorgegangen, ohne Interpellation verfallen. Der Sinn der hervorgehobenen Worte „cum neminem — persolvere“, ist daher in diesem Zusammenhange kein anderer, als daß der Schuldner, dem für den Fall der Nichterfüllung zu der gesetzten Zeit, eine vertragsmäßige, oder gesetzliche Strafe bevorsteht, selbst unaufgefordert das zu deren Abwendung erforderliche thun muß. Diese Bestimmung entspricht nicht allein dem Verfall der Zeitpacht und der kirchlichen Emphyteuse, wegen zweijähriger Nichtzahlung des Zinses [1]), sondern auch der ganzen obigen Entwickelung über die besonderen vertragsmäßigen Nachtheile der Nichterfüllung zu der bestimmten Zeit, denen nun noch die für bestimmte Fälle speciell angedrohten gesetzlichen Strafen hinzuzufügen sind. Für die Lehre vom Eintritte der Mora ist demnach auch c. 2. cit. völlig indifferent. [2])

Auch die Stellen des canonischen Rechts, in welchen mehrere Ältere Beweise für die Regel gefunden haben, sind ihr nicht günstiger.

1. Cap. 5. §. 1. *X.* ut lite non contestata. verfügt blos proceßualische Nachtheile der Contumaz.

2. Cap. 4. *X.* de locat. et cond. wiederholt die römische Privationsstrafe des kirchlichen Emphyteuta, welcher zwei Jahre hindurch den Canon nicht bezahlt hat:

---

1) Fr. 54. §. 1. Fr. 56. Dig. locati. Nov. 120. cap. 8.

2) Im Resultate stimmt auch Ratjen a. a. O. p. 30. 31. mit der hier gegebenen Interpretation der c. 2. überein. Mehrere andere Codexstellen, auf welche man sich zum Theil noch bezogen: c. 46. §. 4. Cod. de episcop. et cler. c. un. §. ult. Cod. ut omnes iud. c. ult. Cod. de cond. ob turp. causam., sind zu unerheblich, als daß sie einer ausführlichen Widerlegung bedürften. Die erste Constitution enthält einen speciellen Fall einer Mora ex re. Die zweite eine gesetzliche Strafe der Säumigkeit.

„non obstante, quod ei, ut canonem solveret, non exstitit nuntiatum, *cum in hoc casu dies statuta pro domino interpellet.*“

Diese merkwürdige Stelle, weit entfernt, sie zu unterstützen, widerspricht mithin entschieden der Regel. Der Entscheidungsgrund ist keineswegs: „cum dies statuta pro domino interpellet“, sondern: „cum *in hoc casu* etc.“ Also nur in diesem Falle, in *hoc* casu, interpellirt dies statuta pro domino.

3. Cap. 14. in VI. de elect., enthält wieder eine gesetzliche Privationsstrafe. Der designirte Geistliche, welcher binnen Jahresfrist die für ihn bestimmte Stelle nicht antritt, verliert sie „nulla etiam praemissa monitione.“

4. Cap. 31. in VI. de R. I. „Eum, qui certus est, certiorari ulterius non oportet.“ Diese Stelle ist schon durch das, was früher über verwandte römische Erklärungen bemerkt wurde, genügend beurtheilt.

Die sämmtlichen für die Regel angeführten Stellen enthalten mithin keinen Beweis derselben. Mehrere von ihnen stehen ihr vielmehr entgegen, und bilden dadurch noch einen Nachtrag zu den oben positiv gegen sie aufgeführten. Gegen die Regel sprechen die vielen oben entwickelten Gründe, für sie keiner. Nach allen Seiten widerlegt, muß sie als ungegründet aufgegeben werden. Mora entsteht auch bei betagten Forderungen nur durch Interpellation. Andere, vertragsmäßige, gesetzliche, durch den Richter angedrohte Nachtheile der Nichterfüllung zu einer bestimmten Zeit, verfallen ohne Interpellation [1].

---

1) Deshalb ist, meiner Ansicht nach, bei v. Wening, Lehrb. B. 3. §. 102., ein doppelter Irrthum zu berichtigen. 1. Daß Er das Verfallen der Conventionalstrafe mit dem Eintritt des Dies zu den Fällen der Mora ex re rechnet. Der Zeitablauf begründet auch hier nur den Verfall der Strafe, vermöge des Eintritts der Bedingung, unter welcher diese versprochen wurde, aber keine Mora. 2. Daß Er die Regel bei gesetzlichen Fristen annimmt.

Bis jetzt ist nur der reine Gegensatz zwischen der allgemeinen Billigung der Regel, und ihrer allgemeinen Verwerfung untersucht worden. Zum Schlusse werden noch die verschiedenen Mittelmeinungen zu prüfen sein.

1. Mehrere, welche die Regel im Allgemeinen verwerfen, haben sie doch bei der Obligatio faciendi gebilligt: Feretus, Contius, Barclaius, Bachov. Nach Feretus bedarf es hier nie der Interpellation. Ist die Forderung betagt, so tritt die Mora schlechthin mit dem Ablauf des Dies ein, im entgegengesetzten Falle, mit dem Ablaufe der zur Vollziehung der Handlung erforderlichen Zeit. Diese angebliche Eigenthümlichkeit der Obligatio faciendi ist, wie es an inneren Gründen für sie fehlt, auch den Quellen fremd. Die Stellen [1], auf welche man sich rücksichtlich derselben bei betagten Forderungen berufen hat, sind früher erklärt worden; sie enthalten nichts, was jene Ansicht unterstützen könnte. Was man für dieselben bei unbetagten Forderungen gesagt hat, ist schon von Donellus und Schömann [2], auch gegen Giphanius, widerlegt worden.

2. Auch Donell's [3]) Unterschied zwischen **Dies obligationi dictus**, bei welcher Mora nur durch, und **Dies solutioni**

Dafür giebt es keinen Grund. Nur die für die Nichterfüllung zu einer bestimmten Zeit gesetzlich speciell verhängten Strafen verfallen, gleich den conventionellen, durch den bloßen Zeitablauf. Mora wird dadurch aber auch hier nicht begründet, wo nicht ausdrücklich Mora ex re verhängt ist. Die c. 2. Cod. de iure emphyt., auf welche Hr. v. Wening sich bezieht, ist oben erklärt worden. Auch bei richterlichen giebt es keinen Grund für die Regel. Nur das Präjudiz, welches der Richter auf die Nichterfüllung zu der von ihm gesetzten Frist rechtmäßig gesetzt hat, verfällt mit derselben. —

1) Fr. 8. Dig. si quis caut. Fr. 114. Dig. de V. O.

2) Fragmente. §. 16 Er selbst billigt aber die Regel bei der Obligatio dandi, S. 46., die er bei der Obligatio faciendi verwirft, und bildet dadurch eine neue, ebenfalls durch nichts gerechtfertigte Mittelmeinung.

3) S. 113. Not. 1.

dictus, bei welcher sie ohne Interpellation eintrete, beruht auf einem Mißverständnisse. Unter Dies obligationi dictus versteht Donellus einen Dies, durch dessen Eintritt erst die Obligatio unter den Parteien beginnt, dies cedit. Ein solcher Dies liegt aber außer der bisher betrachteten, und von der Mehrzahl der Juristen von jeher angenommenen Sphäre der Controverse. Diese bezieht sich nur auf einen Dies, durch welchen die an sich begründete Obligatio fällig wird, dies venit, der Dies solutionis Donell's. Da er nun für diesen die Regel billigt, so hat er eigentlich gar keine eigenthümliche Ansicht, sondern gehört zu den gewöhnlichen Vertheidigern der Regel. Die Ansicht der wenigen alten Juristen, welche auch beim Dies obligationi dictus und dem Dies incertus, Mora ohne Interpellation annahmen, ist schon vor Donellus oft widerlegt, und von den Späteren allgemein aufgegeben worden.

3. Einer dritten, unter Anderen von Ulrich Huber[1]) vertheidigten Theorie, nach welcher die Regel nur bei bonä fidei, nicht bei stricti juris Obligationen gelten soll, steht entgegen, daß sie auch bei jenen nicht gilt. Die Natur der bonä fidei Obligatio bietet keinen Grund dar, welche dem Dies bei ihnen eine andere rechtliche Bedeutung geben sollte, als bei den Obligationen des strengen Rechts. Liegt in der Hinzufügung des Dies, wie gezeigt wurde, einmal nicht das Versprechen, mit dessen Eintritt, gegen die Regel, unaufgefordert zahlen zu wollen, so kann es der bona Fides nicht entgegen sein, wenn der Schuldner auch hier erst die Aufforderung abwartet. Dazu kömmt, daß die Quellen bei ihren Erklärungen über die rechtliche Bedeutung des Dies und die Entstehung der Mora, die bonä fidei Obligatio in dieser Beziehung nirgends auszeichnen und daß, wie oben entwickelt worden, die Mora ex re, durch

---

1) S. 120. Not. 5.

den bloßen Eintritt des Dies, gerade bei diesen Obligationen als ein Jus singulare z. B. der Minderjährigen, bezeichnet wird.

4. Sehr merkwürdig ist es, daß Mühlenbruch [1]), ganz entgegengesetzt, die Regel nur bei stricti juris Obligationen anerkennt. Aber auch bei diesen ist sie ungegründet. Abgesehen von den, schon bei der vorigen Ansicht ausgesprochenen allgemeinen Gründen, steht ihr entgegen, daß gerade die Mehrzahl der sämmtlichen Stellen, welche die directen oder indirecten Argumente gegen die Regel enthalten, von Sitpulationen, stricti juris Obligationen und Legaten redet. Die erste Stelle [2]), auf welche sich Mühlenbruch bezieht, ist oben besprochen worden. Sie enthält blos den Grundsatz, daß sich bei betagten Forderungen die Aestimatio nach der Zeit des Dies richtet, gehört mithin nicht hierher. Die zweite Stelle ist dieselbe L. Si fundum [3]), welche auch nach Thibaut entschieden für die Regel sein soll, und in ihr ist von einer Stipulation die Rede. Daß jedoch auch dieses Fragment keinen Grund für die Regel darbietet, glaube ich oben bei der Interpretation desselben genügend gezeigt zu haben.

5. Ratjen's Ansicht [4]) ist auf willkührliche Grundlagen gebaut. Den Beweis der Prämisse, daß der Schuldner dem Gläubiger beim Commodat die Sache, nach beendigtem Gebrauche, unaufgefordert zurückgeben müsse, welche er bei der Pacht nur aufgefordert zurückzugeben brauche, kann man ruhig abwarten. Das „dare oportere" der L. 5. Dig. de reb. cred., eine zweite Prämisse seines Schlusses, scheint er in demselben Sinne mißverstanden zu haben, wie Thibaut.

Keine dieser Mittelmeinungen ist haltbar. Die Quellen geben zu keiner Veranlassung. Man kann die Regel: Dies interpellat pro homine, nur im allgemeinen billigen oder verwerfen.

1) S. 127. Not. 9.
2) Fr. 4. Dig. de cond. trit.
3) Fr. 114. Dig. de V. O.
4) a. a. O. p. 31. 32.

VI.

Ueber den Verlust der Privilegien durch Nichtgebrauch.

Von
dem Herrn Professor Dr. Fritz in Freiburg.

§. 1.

In den Quellen unseres gemeinen Rechts finden sich drei Stellen, die von einem Verlust von eigentlichen Privilegien durch fortgesetzten Nichtgebrauch reden; eine Pandektenstelle [1]), welche sagt: Nundinis impetratis a principe, non utendo, qui meruit, *decennii tempore* usum amittit, und zwei päbstliche Decretalbriefe in der Sammlung Gregor's IX. [2]), die beide von dem Verlust der durch ein Privileg erlangten Zehntfreiheit reden, und von welchen die ältere, von Alexander III., die die Güter eines Cistercienserklosters in Frankreich betrift, einen dreißigjährigen und die neuere von Innocenz III., welche Güter der Tempelherrn in Frankreich betrift, einen vierzigjährigen Nichtgebrauch verlangt.

Unsere Juristen waren von jeher nicht einig, und man kann hinzufügen, meistens auch zweifelhaft, darüber, ob aus diesen Stellen allgemeine Regeln hergeleitet werden können,

---

1) fr. 1. D. de nundinis (50, 11.).

2) c. 6. 15. X. de privilegiis (5, 33.).

und welche? Unter den gegenwärtigen findet ein Theil hier eine besondere Extinctivverjährung für alle Privilegien, affirmative sowohl als negative, angeordnet, und streitet nur über die Zeit, die dazu erforderlich seyn soll [1]). Andere nehmen nur bei negativen Privilegien eine besondere Verjährung an, bei den affirmativen dagegen lassen sie die allgemeine Klagenverjährung, und nur diese eintreten, und sehen die Bestimmung über die nundinae als eine Ausnahme von der Regel an [2]). Eine dritte Ansicht ist die von Hufeland [3]) zuerst ausgesprochene, für welche sich Mühlenbruch [4]) erklärt, und wonach weder affirmative noch negative Privilegien einer besonderen, aber beide der Verjährung unterworfen seyn sollen, welche auch eintreten könnte, wenn das Rechtsverhältniß, welches durch Verjährung aufgehoben werden soll, auf andere Weise als durch ein Privilegium entstanden wäre.

Auf diese dritte Ansicht kam auch ich vor einigen Jahren, ehe Mühlenbruch's Pandekten erschienen waren, und ehe ich Hufeland über diesen Punkt gelesen hatte. Als ich Hufeland zu meiner großen Freude mit mir gleich denkend fand, und als bald nachher auch noch Mühlenbruch dieselbe Ansicht unter Anführung Hufeland's deutlich aus-

1) Thibaut (Besitz und Verjährung §. 62. und Pandekten-System §. 1065.) behauptet geradezu, es sey nicht auszumachen, ob der Zeitraum ein 10 und 20 oder ein 30jähriger seyn soll.

2) So z. B. Glück im Commentar B. 2. §. 110, welcher bei den negativen Privilegien einen Quasibesitz des Gegners in der Regel von 10 oder 20 Jahren verlangt, und v. Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gemeinen Civilrechts §. 39. (B. 1. §. 34), welcher bei den negativen Privilegien einen Zeitraum von 30 und resp. 40 Jahren verlangt.

3) Handbuch Th. 1. S. 274 ff.

4) Doctrina Pandectarum.

sprach, hielt ich es für überflüssig, noch eine besondere Abhandlung darüber zu schreiben. Nun hat dieselbe aber weder in den seit dem ersten Erscheinen der Mühlenbruchischen Pandekten besorgten Auflagen mehrerer sonstigen Lehrbücher, noch in Unterholzner's ausführlicher Entwickelung der gesammten Verjährungslehre [1]) Eingang gefunden; was mir nur dadurch erklärlich scheint, daß die Stelle bei Hufeland nicht so deutlich ist, als es zu wünschen wäre, und daß man ein Lehrbuch, sey es auch so vortrefflich wie das Mühlenbruchische, nicht über jeden Punkt nachschlägt. Und so möchte es denn Entschuldigung verdienen, wenn ich hier eine kurze Ausführung der Hufelandisch-Mühlenbruchischen Theorie versuche.

§. 2.

Gehen wir aus von der gewöhnlichen Eintheilung der Privilegien im subjectiven Sinn in affirmative und negative! Ein affirmatives Privilegium ist ein Recht, das man durch ein Privilegium im objectiven Sinne erlangt hat; ein negatives dagegen ist nichts anderes, als die durch ein Privilegium im objectiven Sinne erlangte Freiheit von einem lästigen Rechtsverhältniß. Der Verlust eines affirmativen Privilegiums durch fortgesetzten Nichtgebrauch ist also in der Regel eine wahre Extinctivverjährung, während der Verlust eines negativen Privilegiums durch fortgesetzten Nichtgebrauch immer nur eine Folge von der Acquisitivverjährung ist, wodurch das durch Privileg aufgehobene Rechtsverhältniß wieder hergestellt wird.

Die Frage: inwieferne gehen negative Privilegien durch Nichtausübung verloren? drückt man daher deutlicher so aus: inwieferne können Rechtsverhältnisse, die durch Privilegien aufgehoben sind, durch Ersitzung wieder von Neuem

1) B. 1. §. 161.

entstehen? während man bei *affirmativen* Privilegien fragen kann: inwieferne können die durch Privilegien entstandenen Rechte durch Verjährung erlöschen?

§. 3.

Reden wir zuerst von der Verjährung der *affirmativen* Privilegien, oder mit anderen Worten, von dem Erlöschen der durch Privilegien erlangten Rechte durch Verjährung! Sehen wir dabei vorerst von der hierher gehörigen Pandektenstelle ab, und fragen wir: inwieferne würden die durch Privileg erworbenen Rechte durch Verjährung verloren gehen, wenn diese Stelle nicht existirte? -

Das römische Recht enhält mehrere Anordnungen, die auf den Verlust von Rechten durch Nichtgebrauch abgesehen sind. Hierher gehört *einmal* die *Extinctivverjährung im engeren Sinne* d. h. die *Klagenverjährung*, *dann* Fälle, in welchen, *ganz abgesehen von einer Klage*, ein Recht durch Nichtgebrauch verloren geht, z. B. Verlust der meisten Servituten durch Nichtgebrauch und *endlich* hat auch zuweilen die *Acquisitivverjährung* (z. B. die usucapio libertatis bei den servitutes praediorum urbanorum und jede translative Ersitzung) zugleich *extinctive Wirkung*.

Die *erste* Art von Extinctivverjährung ist für alle Arten von Klagen eingeführt; es wird dabei gar nicht darauf gesehen, auf welche Weise eine Klage entstanden ist, und namentlich läßt sich keine Stelle nachweisen, worin die Klagen, die sich auf Privilegien gründen, ausgenommen oder unter eine besondere Regel gestellt würden. Da nun lege non distinguente nec nostrum est distinguere, so muß die Klagenverjährung auf die durch Privilegien gegründeten Klagen ganz eben so angewendet werden, als wenn diese Klagen, oder, wenn man lieber will, die Rechte, woraus sie hervorgehen, auf andere Weise entstanden wären.

Die Extinctivverjährung der zweiten Art ist nur für einzelne Arten von dinglichen Rechten eingeführt, bei allen anderen Rechten soll sie nicht Statt finden. Ob jene oder diese Rechte durch Privilegien oder auf andere Weise entstanden sind, wird nicht unterschieden; und lege non distinguente nec nostrum est distinguere. Also ist diese zweite Art von Extinctivverjährung bei Rechten, die durch Privilegien entstanden sind, zulässig, wenn diese Rechte zu denjenigen dinglichen Rechten gehören, für welche dieselbe überhaupt eingeführt ist, und sie ist unzulässig, wenn sie nicht dazu gehören.

Die Acquisitivverjährung endlich, welche auch extinctive Wirkung haben kann, ist auch nur bei einzelnen dinglichen Rechten zulässig. Hier fehlt es ebenfalls an einer Distinction zwischen dem Falle, wenn das zu verlierende Recht durch ein Privilegium erworben worden ist, und zwischen den übrigen Fällen, und wir dürfen daher auch nicht unterscheiden.

Nehmen wir das Gesagte zusammen, so ist nicht nur die Klagenverjährung, sondern auch der vorzugsweise sogenannte Verlust der Rechte durch Nichtgebrauch und der Verlust durch Acquisitivverjährung bei den Rechten, die durch Privilegien erworben sind, ganz eben so zulässig, wie bei denjenigen, die auf andere Weise entstanden sind, eine besondere Extinctivverjährung jener Rechte gibt es dagegen nicht.

Was ändert aber die Pandektenstelle, von der wir bisher abstrahirt haben, an dem Resultat? Ich sage: entweder ändert sie gar nichts, oder sie begründet höchstens eine Ausnahme von der Regel.

Wir wissen nicht, von welchem Rechte hier die Rede ist. Es kann ein Recht seyn, bei welchem sich der Verlust durch zehnjährigen Nichtgebrauch, für den sich die Stelle erklärt, nach dem Bisherigen von selbst versteht; und dann än-

dert diese Stelle natürlich nichts. Daß es ein solches Recht ist, halte ich für sehr wahrscheinlich. Da sich nämlich die Worte: „*qui* meruit, non utendo amittit," nicht wohl auf eine Gemeinde, die das Recht erlangt hat, einen Markt zu halten, oder auf deren sämmtliche Glieder, sondern weit besser auf Einzelne deuten lassen; so scheint es mir am natürlichsten, die Stelle von dem Rechte eines Verkäufers zu verstehen, einen Theil des Marktplatzes zum Auslegen und Verkaufen seiner Waaren zu gebrauchen. Dieses Recht ist ein modificirter Usussfruct. Der Ususfrucht aber geht bekanntlich durch Nichtgebrauch verloren, und zwar nach Justinianeischem [1]) Rechte, wenigstens wenn der Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, wie hier der Marktplatz, inter praesentes durch zehnjährigen Nichtgebrauch. Sollte sich übrigens die Stelle auch auf ein Recht beziehen, bei welchem sich der Verlust durch zehnjährigen Nichtgebrauch nach dem Bisherigen nicht von selbst versteht, so wäre immer noch kein Grund vorhanden, den Inhalt derselben von diesem Recht auf alle durch Privilegien entstandene Rechte auszudehnen.

So das römische Recht. Das canonische enthält keine Stelle, die sich auf die Verjährung affirmativer Privilegien speziell bezieht, und eben so wenig findet sich eine solche Stelle in einem Reichsgesetze. Der Inhalt des römischen Rechts muß also auch heutzutage in Deutschland als gemeines Recht gelten. Nur versteht es sich von selbst, daß die unvordenkliche Extinctivverjährung, die das römische Recht noch nicht kennt, so wie der Verlust durch unvordenkliche Acquisitivverjährung, bei den Rechten, die

---

1) Bei Modestinus, aus dessen lib. 3. regular. die Stelle genommen ist, müßte es dann freilich statt: „decennii" geheißen haben: „biennii"; und das: „decennii" in den Pandekten müßte also von Tribonian herrühren.

durch Privilegien entstanden sind, eben so eintreten kann, als wenn sie auf andere Weise entstanden wären.

§. 4.

Gehen wir nun zum Verlust der negativen Privilegien durch Nichtgebrauch, d. h. zur Wiederersitzung der durch Privilegien aufgehobenen Rechte über! Fragen wir auch hierüber zuerst das römische Recht. Dieses enthält keine specielle Bestimmung über diese Fälle der Ersitzung, aber seine sonstigen Bestimmungen über Ersitzung sind von der Art, daß sie auch auf die fragliche Wiederersitzung Anwendung leiden. Es statuirt nämlich eine Ersitzung bei einzelnen Arten von Rechten, und namentlich bei mehreren Arten von dinglichen Rechten, und bei anderen statuirt es keine. Dabei wird nirgends darauf Rücksicht genommen, ob das zu ersitzende Recht schon einmal existirt hat oder nicht, und wie es im ersten Fall zu existiren aufgehört hat. Nach römischem Rechte hängt also die Möglichkeit der Wiederersitzung eines durch Privileg aufgehobenen Rechts ganz von den Regeln ab, die auch von der Ersitzung dieses Rechts gelten würden, wenn es vorher nie existirt, oder zwar existirt, aber auf eine andere Weise, als durch Privileg, zu existiren aufgehört hätte. Diejenigen Rechte, welche in den letzteren Fällen nicht ersessen werden können, können auch, wenn sie Jemand gehabt, und durch Privilegien verloren hat, nicht wieder ersessen werden, und bei denjenigen, bei welchen jenes zulässig ist, ist ganz unter den nämlichen Voraussetzungen auch dieses zulässig.

So das römische Recht! Aber ändert das canonische Recht nichts ab? Ich sage: nein. Die neuere unter den zwei einzigen [1]) Stellen desselben, die speciell von

---

1) Man führt auch c. 1. in 6to de praescript. (2, 13.) an. S. aber Hufeland a. a. O. S. 276. Das c. 13. X. de praescr. (2, 26) könnte man eher anführen. Dieses harmonirt auch übrigens ganz mit unserer Ansicht.

einem Verlust von Privilegien durch Nichtgebrauch reden, verlangt zur Wiederersitzung des durch ein Privilegium aufgehoben gewesenen Zehenten auf den Gütern der Tempelherrn einen vierzigjährigen ununterbrochenen Besitz [1]). Das ist nichts anders als Anwendung der von der Ersitzung des Zehentrechts bei Gütern eines pii corporis überhaupt geltenden Regeln. Denn, wenn man auch über die Ersitzung eines Zehenten im Allgemeinen nicht einig ist, so ist doch darüber kein Zweifel, daß derselbe auf Gütern geistlicher Körperschaften nicht anders, als durch eine der Eigenthumsersitzung bei unbeweglichen Sachen dieser Corporationen analoge vierzigjährige Verjährung erseſſen werden kann [2]). Diese

---

1) Dieses Schreiben Innocens III. an einen französischen Bischoff aus dem Jahr 1213 lautet wörtlich so: Accedentibus ad praesentiam nostram Abbatis et Conventis Naviacen. ex una parte et Templariorum de Tocen. ex altera procuratoribus, procurator Monachorum proposuit, quod cum decimas terrarum de Sarcole diu quiete possederint, antequam ad Templariorum dominium pervenissent, et postquam Templarii terras acquisiere, praedictas decimas earundem per XL annos et amplius pacifice possedissent, nunc eis ipsas subtrahere non verentur. (His igitur et aliis, quae coram praedicto Capellano fuere proposita, plenius intellectis, quia de ipsis non potuit exhiberi plena fides. — Statt dieser eingeschalteten Worte heißt es im Corp. J. C. „et infra"): Discretioni vestrae mandamus, quatenus si Abbas et Monachi sufficienter ostenderint, quod a Templariis decimas de terris praedictis per XL annos continue perceperint sine lite, Vos ad praestationem ipsarum Templarios compellatis. Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renunciasse tacite praesumuntur. Quod si improbatione defecerint, ab ipsorum impetitione Templarios absolvatis: ipsis super hoc silentium (perpetuum) imponentes. Auch der Umstand, daß der Pabst dem Kloster den Beweis der früheren Erwerbung der streitigen Zehenten nicht auflegt, spricht für unsere Erklärung der Stelle; denn der Pabst sagt wenigstens nicht ausdrücklich, daß dieser Punkt bereits zugestanden oder erwiesen sey.

2) So z. B. Unterholzner a. a. O. §. 236.

Stelle stimmt also mit den römischen Regeln über die Wiedererſitzung der durch Privilegien verloren gegangenen Rechte ganz überein. Die ältere Stelle erklärt den durch Privileg aufgehobenen Zehnten auf den Gütern eines Cistercienſerklosters nach dreiſſigjährigem Besitz für wieder erworben [1]. Abgesehen von der Größe des Zeitraums stimmt diese Stelle mit der so eben erörterten vollkommen überein; und was jene Abweichung betrift (die man vielleicht dadurch heben darf, daß man statt: XXX liest: XXXX), welche für das praktische Recht dadurch alle Bedeutung verliert, daß die neuere Stelle der ältern derogirt, so ist dies nur einer von mehreren Fällen, in welchen das ältere canonische Recht die Nov. 111. vergißt [2].

---

1) Diese Decretale Alexanders III. vom Jahr 1179 ist gerichtet an den Abt und die Mönche des Cistercienſerklosters Sti. Andreae und lautet also: Si de terra, quam habetis in Paroccia Canonicorum de Plautio, per XXX annos eis decimas persolvistis, eas sibi de cetero integre persolvatis. Licet enim privilegior. Rom. Eccles. beneficio Fratrib. Cisterciens. Ordinis indultum fuerit, quod de laboribus suis nullas decimas persolvere debeant, de privilegio tamen indulto, tanto tempore vobis detrahere voluistis; cum liberum sit unicuique, suo juri renunciare; eoque modo non potestis vos in hac parte tueri.

2) Schon in c. 1—3. C. 16. qu. 4 wird gegen religiosas domus, in Gemäßheit der Verordnungen von Justinian, keine 30jährige sondern statt derselben nur eine 40jährige Verjährung zugelassen. Dessenungeachtet sind Stellen in das Decretum Gratiani aufgenommen, die eine 30jährige zulassen, namentlich c. 3 4 6 u. 10. C. 16. qu. 3 — welche Glück a. a. O. Note 7. von einzelnen Kirchen und Diocesen (namentlich auch Spanien und Frankreich) versteht. Derselbe Pabst Alexander III. aber, von welchem das in Frage stehende c. C. X. de privil. herrührt, (nach einigen freilich Urban III.) sagt im J. 1172, also neun Jahre vor diesem c. 6. in c. 8. X. de praescript. (2, 26.): Illud autem te scire volumus et tenere, quod adversus ecclesias minorem praescriptionem quam quadraginta annorum Rom. Eccl. non admittit, licet quidam canones comprobant tricennalem. Ob

Die Reichsgesetze enthalten über die Wiederersitzung der durch Privilegien verlorenen Rechte eben so wenig eine specielle Bestimmung, als über den Verlust der durch Privilegien erlangten Rechte durch Verjährung. Die von mir entwickelte Regel des römischen und canonischen Rechts über jene Wiederersitzung muß also auch jetzt in Deutschland als gemeinrechtlich gelten. Nur erleidet sie jetzt auch noch die Anwendung, daß ein durch Privileg aufgehobenes Rechtsverhältniß, auch durch unvordenkliche Verjährung ganz eben so wieder hergestellt werden kann, wie es durch sie begründet werden könnte, wenn es nie existirt, oder auf andere Weise als durch Privileg zu existiren aufgehört hatte.

---

nun Alexander bey Erlassung unseres c. 6. die Bestimmung über die Verjährung gegen Kirchen u. s. w. vergessen hat, oder ob er sie absichtlich ignorirt, wie J. H. Boehmer ad h. l. annimmt, mag dahin gestellt seyn.

VII.

Ueber richterliche Prüfung des Gegenbeweises, selbst nach verfehltem Hauptbeweise.

Von dem

Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Ist von einer Partey der Beweis, von der Gegenpartey der Gegenbeweis, sey es der directe, durch welchen der Beweis selbst als nicht geführt angegriffen werden soll, sey es der sogenannte indirecte, oder der Beweis einer Einrede, welche selbst den geführten Hauptbeweis elidiren soll, angetreten, so ist es Regel der Praxis, daß, falls der Richter sich bei Prüfung des Beweises überzeugen sollte, wie derselbe als verfehlt anzusehen sey, er den Gegenbeweis einer Beurtheilung zu unterziehen nicht nöthig habe, weil es Grundsatz ist, quod actore non probante reus absolvitur, etiamsi nil reprobaverit, und dieser Grundsatz jedesmal seine Anwendung findet, möge der Kläger oder der Beklagte derjenige Theil seyn, der den Hauptbeweis zu führen hatte. Indessen kann es Fälle geben, in welchen der Richter, wenn er gleich den Hauptbeweis für verfehlt erklären muß, dennoch auch den Gegenbeweis einer Prüfung zu unterziehen, und über denselben zu erkennen hat. Hierher gehört namentlich, wenn der Hauptbeweis-

führer sich für den Fall des durch die von ihm beigebrachten Beweismittel etwa nicht geführten Beweises, die Eidesdelation reservirt hat. Wird nun der Beweis für verfehlt erklärt, so muß der Richter den Hauptbeweisführer auffordern, sich darüber zu erklären, ob er binnen einer vorgeschriebenen Frist von der reservirten Eidesdelation Gebrauch machen wolle; zugleich aber auch, des verfehlten Hauptbeweises ohnerachtet, über den directen oder indirecten Gegenbeweis erkennen, weil nur dann, wenn letzterer gleichfalls für verfehlt erklärt worden ist, der Hauptbeweisführer sich mit Nutzen der reservirten Eidesdelation bedienen kann; nicht aber, wenn der Gegenbeweis für geführt angenommen werden müßte, weil sich für diesen Fall der Gegenbeweisführer auf den für geführt erklärten Gegenbeweis beziehen darf, um die Relevanz der Eides zu bestreiten, die Erklärung auf denselben zu verweigern, oder wenigstens statt der Acceptation desselben, sich der Gewissensvertretung zur Elision desselben zu bedienen.

Bei der richterlichen Beurtheilung eines angetretenen Beweises und Gegenbeweises läßt es sich ferner denken, daß der Umstand, welcher zum indirecten Gegenbeweise verstellt worden ist, wider die Absicht des Hauptbeweisführers, aus dem von ihm angetretenen Beweise zugleich mit erhellt, so daß der Beweis für verfehlt erklärt werden muß, während auf der andern Seite der indirecte Gegenbeweis in Bezug auf die gebrauchten Beweismittel dessenungeachtet für gleichfalls verfehlt erklärt werden muß. So auffallend dieses auf den ersten Blick erscheinen muß, so sehr läßt sich dieses nach proceßualischen Grundsätzen rechtfertigen, wenn z. B. die vorgeschlagenen Zeugen in Bezug auf den Hauptbeweisführer, und in ihren Aussagen gegen denselben volle Beweiskraft haben, wogegen sie für den Gegenbeweisführer, vermöge ihrer Verhältnisse zu demselben, von Beweiskraft entblößt sind.

Zur Erläuterung dieser Sätze dient folgender Rechtsfall.

Im Jahre 1812 wurde der Sohn des Cornelius C. zum französischen Militairdienste herbeigezogen. Cornelius C. kaufte für seinen Sohn einen Stellvertreter in der Person eines Rudolf N. für 1650 Rthlr. Gold, von welcher Summe dem Stellvertreter sofort 150 Rthlr., der Rest dagegen dem Heinrich M. und Johann Cord D., die sich für den Rudolf N. in Bezug auf die von ihm übernommene Erfüllung der Dienstpflicht verbürgt hatten, übergeben wurde, und in dessen Hinsicht letztere sich verpflichteten, jenen Rest von 1500 Rthlr., im entgegengesetzten Fall nach vorhergegangener Kündigung an den Cornelius C. zurückzuzahlen. Der Stellvertreter desertirte im Jahr 1813, und so erhob Cornelius C., nach vorhergegangener Kündigung, gegen den Heinrich M. und Johann Cord D. im Jahre 1814 eine Klage auf Rückzahlung der 1500 Rthlr., über welche endlich dahin entschieden wurde, daß letztere diese 1500 Rthlr., nach Abzug von 180 Rthlr., die dem Stellvertreter wegen seiner Dienstzeit noch gebührten, sammt Zinsen und Kosten an den Cornelius C. herauszuzahlen schuldig seyen.

Im Laufe der Verhandlungen ergab es sich, bei Gelegenheit, daß der Cornelius C. seinen Procurator ad acta legitimiren sollte, daß der im Auslande wohnende Cornelius C. bei dem Richter seines Wohnorts, dem Oldenburgischen Amte Rodenkirchen und Abbehausen, unter dem 30. Febr. 1816 und 20. Mai 1822, zu Protocoll erklärt hatte, wie er seine Forderung der 1500 Rthlr. an einen gewissen W. in Bremen, für die Summe von 100 Rthlr. und die Proceßkosten, falls er jenen Proceß gegen M. und D. gewinnen würde, sonst aber für die Proceßkosten allein, cedirt habe, und so gab dieser Umstand die Veranlassung, daß letztere die Einrede aus dem Anastasianischen Gesetze entgegenstellten, mit welcher sie jedoch mittelst Bescheides vom 21. Jan. 1826 ad separatum verwiesen wurden.

M. und O. stellten diese Separatklage gegen den W. in Form einer Reconvention an, und begründeten solche auf die in den obengedachten Protocollen enthaltene Erklärung des Cornelius C., wogegen W. die Anwendbarkeit des Anastasianischen Gesetzes auf den vorliegenden Fall um deswillen bestritt, weil ihm jene Forderung der 1500 Rthlr. von dem Cornelius C. in solutum abgetreten sey.

Mittelst Erkenntnisses vom 23. April 1827 wurde dahin interloquirt:

1) daß die Reconvenienten M. und O. zu beweisen hätten:

daß dem Reconventen W. die im Streit befangene Forderung für 100 Rthlr. Gold, oder für wie viel weniger, als den Betrag der ersten, cedirt worden;

2) Dagegen Reconvent W. die von ihm vorgeschützte Einrede dahin zu erweisen habe:

daß ihm die im Streit befangene Forderung für eine Forderung, die er an Cornelius C. gehabt, theils als Zahlung, theils vergleichsweise abgetreten sei.

Reconvenienten treten den Hauptbeweis durch Bezugnahme auf die beiden Oldenburgischen Protocolle, und durch zwei Zeugen, nämlich den Cornelius C. selbst, und einen gewissen O. an.

Reconvent dagegen tritt den indirecten Gegenbeweis oder Beweis seiner Einrede durch einen am 9. Jun. 1827 von dem Cornelius C. ausgestellten Schein, in welchem derselbe erklärt hatte, daß er für die Summe von 100 Rthlr. Gold, für die von ihm bereits verwandten und vielleicht annoch rückständigen Proceßkosten, und für die von W. während der französischen Zeit geleisteten Dienste, theils als Zahlung, theils vergleichsweise, theils gegen jene Zahlung, diese Forderung am 15. Jan. 1815 cedirt habe, an; zugleich aber auch durch einen Zeugen Reinhard U.

Das Resultat des Zeugenbeweises war folgendes:

der von dem Reconvenienten producirte Zeuge Cornelius C. gab zuvor an, daß er in Bezug auf seine Verhältnisse mit W. ein Interesse an dem Ausgange des Processes habe; er deponirte sodann, daß er die fragliche Forderung allerdings an W., jedoch nicht bloß für die 100 Rthlr. und Proceßkosten, sondern auch für andere Forderungen, die W. an ihn gehabt, theils als Zahlung, theils vergleichsweise abgetreten habe. Er behauptete daher gerade den Ausnahmefall, der die Anwendbarkeit der Lex Anastasiana ausschloß, und diese Aussage machte gegen die Reconvenienten, die ihn producirt hatten, einen Beweis aus.

Der Zeuge D. deponirte, daß er die eigentlichen Verhältnisse der Sache nicht kenne, und nur von W. gehört habe, daß ihm von dem Cornelius C. die streitige Forderung für 100 Rthlr. cedirt sey.

Der Gegenbeweiszeuge U. endlich hatte erklärt, daß er aus eigener Wissenschaft über die Umstände, unter welchen die Cession geschehen sey, nichts bezeugen könne.

Über den geführten Beweis und Gegenbeweis ist hierauf am 10. Jun. 1830 folgendes Erkenntniß abgegeben:

„Demnach, soviel den von den Reconvenienten unternommenen Beweis betrifft, die in den frühern Protocollen der Oldenburgischen Ämter Abbenhausen und Rodenkirchen enthaltenen Depositionen des Cornelius C. als unbeschworene, zum Zeugnisse in diesem Civilprocesse nicht einst bestimmte Äußerungen allein genommen, gar nichts beweisen, und erst durch das spätere Attest vom 9. Jun. 1827 und die jetzige eidliche Aussage des genannten Zeugen, ihre Erläuterung erhalten;

aus dieser letztern aber gerade der in dem interlocutorischen Decrete vom 23. April 1827 rechtskräftig fest gesetzte Ausnahmefall von der Wirkung des Anastasia-

nischen Gesetzes zu entnehmen; nämlich der, dem Reconventen auch zum indirecten Gegenbeweise Verstellte:

daß dieser die in Streit befangene Forderung, für eine Forderung, die er an Cornelius C. gehabt, theils als Zahlung theils vergleichsweise abgetreten bekommen habe;

hiermit auch sogar der von den Reconvenienten für sich mit angezogene Inhalt des Gegenbeweisrotuls übereinstimmt; der Zeuge D. jedoch, der ohnehin nur vom Hörensagen deponirt und die genauern Verhältnisse der Sache nicht zu kennen, selbst angiebt, hiemit keinesweges in Widerspruch steht: diesem nach mithin der den Reconvenienten auferlegte Beweis an und für sich in allem Maaße verfehlt erscheint;

Hiernächst den schon bezeichneten indirecten Gegenbeweis betreffend, es zwar nach dem Obigen den Anschein gewinnen möchte, als sey selbiger bereits als vollständig erbracht anzusehen;

nachdem jedoch eines Theils das producirte Attest und die eidliche Aussage des Cornelius C. schon deshalb hiebey nicht in Betracht kommen könnte, weil dieser Zeuge, als Cedent des Reconventen, und seiner eigenen Angabe zufolge, interessirt bei der Sache ist, andern Theils der Zeuge U. aus eigener Wissenschaft zu Gunsten des Reconventen nichts Genügendes auszusagen vermocht hat; hiernach mithin auch der versuchte indirecte Gegenbeweis an und für sich genommen, für mißlungen zu halten ist;

so wird der den Reconvenienten auferlegte Beweis hiemit für verfehlt erklärt, und wird nunmehr denselben aufgegeben, innerhalb vierwöchiger Präjudicialfrist sich zu erklären, ob sie von der Eidesdelation Gebrauch machen wollen; worauf sodann weiter ergeht, was Rechtens."

VIII.

Ueber die Appellation von Beiurtheilen.

Von Linde.

(Beschluß der im vorigen Hefte Nro. I. abgebrochenen Abhandlung.)

Nach dem über unsern Gegenstand seither Ausgeführten, hängt es in der Anwendung, wenn nicht die Praxis bestimmte Normen für die Fälle, worin Appellation gegen Interlocute zuläßig und nothwendig ist, ausgebildet hat, von der Beurtheilung der Gerichte ab, wie weit sie die Appellationsbefugniß wollen reichen lassen. Die Gerichte haben es offenbar in ihrer Gewalt, in dieser Beziehung Appellationen zweckmäßig zu beschränken. Daß ein solcher Grundsatz aber nicht geeignet ist, Gleichmäßigkeit und Sicherheit in die Lehre über die Zuläßigkeit der Appellation gegen Interlocute zu bringen, ist freilich wahr; aber es scheint, daß dieses dennoch der einzig wahre Grundsatz ist, der nach der Beschaffenheit der Quellen des gemeinen deutschen Prozeßrechts sich aufstellen läßt, und der wenigstens insofern doch in der Anwendung höchst wohlthätig wirkend werden kann, als er die Gerichte in die Lage setzt, bei einer umsichtigen Benutzung die zwei, bei Appellationsbeschränkungen stets zu beachtenden Hauptrücksichten eintreten zu lassen, nämlich auf der einen Seite möglichste Abschneidung der Zwischenappellationen, auf der andern, den Rechtsuchenden die sichere

Aussicht zu gewähren, daß Interlocute, gegen welche nicht selbstständig appellirt worden ist, nicht als unabänderlich betrachtet werden. Wenn die höheren und das höchste Gericht eines Landes nach jenem Gesichtspunkte die Zwischenappellationen eine Zeitlang gleichmäßig behandeln, so kann es nicht fehlen, daß sich bald eine durchgreifende, auf das Bedürfniß gebaute, wohlthätige Praxis ausbilde. Große Verzögerungen können ohnehin durch Zwischenappellationen nicht entstehen, wenn man strenge darauf sieht, daß das, dafür gemeinrechtlich gesetzlich wirklich vorgeschriebene, aber in der Rechtspflege fast unbekannt gewordene, Verfahren, auch gehandhabt werde. Ich werde versuchen, die Hauptgrundsätze dieses Verfahrens, welche auf Verhinderung der Prozeßverzögerung gerichtet sind, noch kurz herauszuheben.

Rücksichtlich des Verfahrens gegen Beiurtheile verordnete

I. das canonische Recht:

1) daß die Appellation schriftlich eingereicht, und die Ursache der Beschwerde sogleich angegeben werden soll [1]. Diese Vorschrift war schon deshalb nothwendig, weil hier immer solche Beschwerden vorausgesetzt werden, die der Unterrichter selbst noch heben darf [2] und die zur Competenz des höhern Richters erst dann erwachsen, wenn der Unterrichter das gravamen nicht heben will [3]. Entschließt sich der Unterrichter, der Beschwerde selbst abzuhelfen, so ist damit das Verfahren beendigt; im andern Falle aber

2) bestimmt der Unterrichter nach der Entfernung des höhern Gerichts nach Lage der Personen und Sachen die

---

1) Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15. Cap. 10. eod. Cap. 59. 60. X. eod. 2, 28. Cap. 48. X. de sent. excom. 5, 39. Clem. 5. de appellat. 2, 12.

2) Cap. 10. de appellat. in VI. 2, 15. Cap. 48, X. de sent. excommun. 5, 39.

3) Cap. 60. X. de appellat. 2, 28. Cap. 48. X. de sentent. excommun. 5, 39.

Einführungsfrist; ist dieses aber nicht geschehen, dann treten die gesetzlichen Fristen der Appellation auch hier ein [1].

3) Der Suspensiveffect tritt bei Appellationen gegen Beiurtheile nicht von selbst ein [2], wofern nicht der Unterrichter der Berufung als zuläßig statt gegeben hat [3]; daher schreitet der Unterrichter in der Sache so lange fort, bis von dem Oberrichter Inhibition erfolgt ist [4]. Von Attentaten des Unterrichters ist also vor erfolgter Inhibition keine Rede [5] und wenn solche von Seiten der Partheyen erfolgen, so gehört die Cognition bis zur erfolgten Inhibition vor den Unterrichter [6]. Nur dann, wenn der Gegenstand der Appellation ein Präjudizialpunkt ist, soll alles weitere Verhandeln in der Hauptsache, nach eingelegter Appellation aufgegeben werden [7]. Aber auch hier darf der Unterrichter, wenn die Einführungsfrist fruchtlos abgelaufen ist, in der Hauptsache fortfahren.

4) Auf neues Vorbringen darf bei dieser Appellation der Oberrichter keine Rücksicht nehmen [8]. Diese Bestimmung

1) Cap. 1. de appellat. in VI. Cap. 5. 33. X. de appellat.

2) Cap. 7. de appellat in VI. Cap. 2. de dolo et contum. in VI. 2, 6. Eine ganz verkehrte Ansicht bei Ulich v. Appellat. §. 51.

3) Denn in diesem Falle betrachtet das Gesetz die Sache so, als wenn er sich seiner Befugnisse wirksam entäußert habe, Cap. 5. de appellat. in VI. 2. 15. weshalb man wird annehmen müssen, daß er in der Sache nicht fortfahren dürfe, wofern nur die Appellation beim Oberrichter auch wirklich zeitig eingeführt ist. Denn wäre dieses nicht geschehen, so müßte der Unterrichter wohl wieder in der Sache forthandeln.

4) Ein solcher Fall findet sich in Clem. 1. de sententiis 2, 11, wo die Definitiventscheidung erledigt ist, ehe noch die Entscheidung wegen der Appellation von dem Interlocute erfolgt war.

5) Cap. 7. de app. in VI.

6) Gönner Handb. III. 57. §. 37. S. 198. 199.

7) Cap. 10. 33. X. de appellat. 2, 28.

8) Clem. 5. de appellat. 2, 12. „Appellanti ab interlocutoria vel a gravamine iudicis, non licet alias causas prosequi,

erscheint gerechtfertigt, wenn man erwägt: daß, weil der Unterrichter die Beschwerde selbst heben darf, (weshalb der Grund derselben schriftlich und distincte dem iudex a quo bei der Interposition angegeben werden muß) der Oberrichter blos untersuchen soll, ob nach dem Stande, worin die Sache vor dem Unterrichter sich befand, eine Beschwerde vorhanden war. Würden nun Nova zugelassen, so würde dadurch der Stand offenbar verändert [1]). Es steht ja dem Appellanten frei das neue Vorbringen erst bei dem Unterrichter geltend zu machen, an den er wegen Beschwerden gegen Beiurtheile insofern immer gewiesen ist, als er diesen stets vorerst in die Lage setzen soll, der Beschwerde selbst wieder abzuhelfen.

5) Rücksichtlich der Dauer des Devolutiveffects wurde nach canonischem Rechte, sowohl wenn *ante* als wenn *post* [2]) sententiam (definitivam) appellirt worden war, unterschieden; ob der Oberrichter die Beschwerde für begründet fand, dann blieb er für die fernere Behandlung der Sache zuständig; oder ob er die Beschwerde für unbegründet fand, dann wurde die Sache an den Unterrichter zurückgewiesen [3]), es wäre dann, daß dieser bei appellatio ante sententiam die Appellation simpliciter für zuläßig erklärt hätte, in welchem Falle angenommen wurde, der

---

quam in appellatione sua nominatim duntaxat expressas: nec processus primi iudicis ex novis aut de novo probandis iustificari potest, vel etiam impugnari; sed tantum ex illis, quae acta fuerunt vel exhibita coram ipso.“ cf. Cap. 46. X. de appellat. 2, 28.

1) Es handelt sich hier nämlich nicht, wie bei jeder andern Appellation, um die Frage: ob eine iniusta condemnatio vorhanden sey, sondern ob der iudex a quo ein gravamen zugefügt habe.

2) Cap. 38. X. de appellat. 2, 28. Cap. 5. de appellat. in VI. 2, 15. „Salvis iis, quae super appellationibus post sententiam interpositis sunt statuta.“

3) Cap. 59. X. de appellat. 2, 28. Cap. 5. eod. in VI. 2, 15

Unterrichter habe auf seine Zuständigkeit verzichtet, weshalb der Oberrichter die Sache fort behandeln dürfe [1]).

II. Die Reichsgesetzgebung hat die, das Verfahren betreffende Grundsätze des canonischen Rechts, im Wesentlichen angenommen, und insbesondere verfügt:

1) „so einer appelliren will von einem Beiurtheil, der soll das thun in Schriften, und mit Anzeigung der Ursache der Beschwerde, dieweil dieselbe aus andern Ursachen nicht mag gerechtfertigt werden [2]).“ Als später zwischen solchen Beiurtheilen, welche die Kraft eines Endurtheils haben, und solchen, wo dieses nicht der Fall ist, unterschieden, und für die Appellation gegen erstere, das bei Appellationen gegen Endurtheile statt findende Verfahren vorgeschrieben worden war [3]); wurde wegen der Appellation gegen Beiurtheile die Bestimmung der Notariatsordnung von 1512 wiederholt [4]).

2) „Wann aber von gemeiner Interlocutori, so doch appellabilis ist, appellirt wird, soll alsdann, nach Inhalt gemeiner beschriebener Rechte, nicht inhibirt werden; es sey dann evidens periculum in mora, oder daß daraus damnum irreparabile erfolgen müßte, welches doch zuvor bescheinigt werden soll [5]).“

---

1) Cap. 5. eod. in VI. 2, 15. Vergl. Bayer Vorträge. S. 492 f. — Die Bestimmung in Cap. 70. §. 2. X. de appellat. 2, 28. wornach der Appellant durch zeitigen Verzicht auf die Appellation, die Sache wieder an den vorigen Richter zurückbringen kann, gilt von allen Arten der Appellation.

2) Notariatsord. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

3) C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 3. III. 31. §. 11.

4) C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4. R. A. v. 1570. §. 91. D. A. v. 1600. §. 113. J. R. A. §. 58. 70. C. C. G. O. II. 32. §. 3. Dasselbe wurde auch bei der Appellatio a sententia competentiä vorgeschrieben, R. A. v. 1594. §. 91., welche Sententia nicht anders als ein Interlocut oder Beiurtheil ist. Vergl. J. H. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 12.

5) R. A. v. 1594. §. 94.

3) „Darneben sollen die Procuratores alle solche sowohl jetzige als künftige Appellationssachen in spezie also zu intituliren, daß es eine Appellation ab Interlocutoria sey, schuldig seyn [1].“

4) Rücksichtlich der Zulassung des neuen Vorbringens, war es die Absicht der Reichsgesetzgebung, die Bestimmungen des canonischen Rechts unverändert zu recipiren, wie aus der C. G. O. v. 1507 (II.) §. 7. hervorgeht, wo es heißt [2]: „Vnd merck, bey disem termin zu beweisen, das die beschwert von Appellation, so von beyurtail geschehen, werden bewisen aus dem gerichtshandel erster Justanzen, dan die selbige Appellation wirt justificiert, gerechtuertigt und widerfochten, allain auß voriger handlung, vnn nit auß newer handlung. ter. in cle. appel. de ap. (Clem. 5. de appellat. 2, 12.) vnd sagt Bar. in l. per hanc C. de temp. ap. (Const. 4. Cod. 7, 63.) das in Appellation von beyurtaile sol die vrtail ergeen auß dem handel voriger Instantzen. Vnd so zu der clagen geantwurt ist, sol der Appellierer, zu beweisung fürbringen die acta voriger Instantzen, vnd auff dieselbe sol der Appellatus beschliessen. Dan nichts newes mag einbracht werden, noch zu vnderricht, noch zu beuestigung des handels. Dises hat statt, so der Appellierer vor den vorigen richter beweisung einbracht hat, oder sich erboten, solichs zu thun, vnn ist durch den richter nit zugelassen. Als hat das statt, so obgesagt ist. Wo aber der Appellierer vor dem vorigen richter hat fürbracht exceptiones, vnn nichts hat bewisen, noch sich erbotten, alßdan wirt die Appellation auß dem handel voriger Instantzen nit justificiert sunder muß der Appellant zu warer machung seiner Appellation, die selbige exception für den richter der

1) O. A. v. 1600. §. 112. a. E.

2) C. G. O. v. 1555. III. 31. §. 10. O. A. v. 1600. §. 113. Vergl. hierüber Linde Lehrb. des Civilproz. Aufl. 3. §. 412. Note 23. (Aufl. 2. §. 412. Note 10.)

Appellation fürbringen. c. interposita de ap [1]." Das Argument, wodurch hier zu beweisen versucht wird, daß schon nach canonischem Recht Nova zuläßig gewesen seyn, wenn der Beweis einer Exception zur Frage gestanden, der in voriger Instanz nicht geführt und nicht angeboten worden sey, ist zwar sehr gesucht, indessen läßt sich gegen die Bestimmung selbst nichts einwenden. Auch muß diese Singularität noch fortwährend als practischer Rechtssatz behauptet werden; denn wenn gleich der D. A. von 1600 §. 113. blos verordnet: „wie dann die Appellation (a simplici interlocutoria) allein auß demselben (schedula appellationis), vnd er actis prioribus justificirt werden muß;" und also ohne Unterschied Nova ausschließt, so hat er wohl nur das allgemeine Prinzip wiederholen, und kann damit einen ältern speziellen Rechtssatz nicht haben aufheben wollen [2].

5) Rücksichtlich des Verfahrens ist noch vorgeschrieben: und so fern von einer Beschwerung der Beiurtheil, die nicht Kraft einer Endurtheil hat, appellirt worden wäre, soll der Appellant anstatt der Appellationsklage sein Instrumentum oder scedulam appellationis, mündlich oder in Schriften repetiren, und darauf mit wenig Worten zu erkennen begehren, daß nichtiglich oder übel geurtheilt und wohl appellirt sey, u. s. w. [3].

---

1) In diesem Cap. 70. X. de appellat. 2, 28. steht: „Interposita appellatione ex causa probabili, non sufficit appellanti probare, quod ex causa huiusmodi provocavit, si eam non doceat esse veram: nisi hoc se offerens probaturum, non fuisset admissus."

2) Die Notariatsordn. von 1512. Tit. IV. §. 1. „dieweil dieselb Appellation auß andern vrsachen nit mag gerechtfertigt werden," so wie die C. G. O. v. 1555. II. 29. §. 4., welche dasselbe wiederholt, sind eigentlich nicht auf Nova zu beziehen, sondern reden nur davon, daß der Oberrichter auf keine andere Beschwerdeursachen Rücksicht nehmen solle, als welche in der Appellationseinwendung aufgeführt seye.

3) C. G. O. v. 1555. III. 31. §. 10.

8) Man hat auch wohl behauptet, daß die Appellation gegen Interlocute nicht nothwendig an den nächst höhern Richter, sondern auch ad iudicem aequalem gebracht werden dürfe [1]), wovon aber kein Gesetz etwas enthält.

Am Schlusse dieser Darstellung muß wiederholt darauf aufmerksam gemacht werden, wie auffallend unrichtig die, von Gönner aufgestellte und von den meisten Prozessualisten ihm nachgesprochene, Behauptung ist: daß die Reichsgesetze in ununterbrochener Reihe die Appellationen von Beiurtheilen, welche die Kraft eines Endurtheils nicht haben, ausdrücklich für zuläßig erkannt hätten, ohne den Umstand, ob die Beschwerde durch Berufung wider das Endurtheil gehoben werden können? auch nur von ferne zu berühren; daß es also ein, durch deutsche Reichsgesetze entschiedener Satz des deutschen gemeinen Prozesses sey, daß von allen, auch simplen Interlocuten, eine Appellation zugelassen sey, ohne auf den Unterschied zu sehen, ob die Beschwerde durch Appellation gegen das Endurtheil gehoben werden könne oder nicht [2]). Es bedarf in der That nichts mehr, als einer flüchtigen Ansicht der C. G. O. v. 1495. §. 20. der Notariatsordn. v. 1512. IV. 1. und der C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6. um sich von der Unrichtigkeit der Gönnerschen Lehre zu überzeugen. Die Befangenheit dieses Gelehrten über jenen Punkt geht so weit, daß er in einer spätern Schrift einmal zwar selbst wörtlich sagt: „Schon nach den Reichsgesetzen war die Appellation nur gegen solche Interlocute erlaubt, deren Beschwerde bei dem Haupturtheile nicht gehoben werden

---

1) Scaccia de appell. Q. IV. n. 73. J. H. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 14.

2) Gönner Handb. III. 61. §. 29. S. 354 f. Dieselbe Ansicht vertheidigt H. v. Almendingen Metaphysik des Civilprozesses. S. 70 f.

kann [1]; aber einige Seiten später in derselben Schrift wieder bemerkt: daß es auffallend sey, daß die durch das Concilium zu Trient gemachte Beschränkung [2], auf die weltlichen Gerichte in Deutschland nicht übertragen habe, und daß das Concept der verbesserten Kammergerichts-Ordnung Th. II. Tit. 31. §. 16., das die Appellationen nur gegen solche Interlocute zulassen wollte, welche die Kraft eines Endurtheils haben, oder bei dem Endurtheile nicht mehr verbessert werden können, nicht angenommen habe [3].

Auffallend ist diese Täuschung Gönner's; wie es ihm entgehen konnte, daß die Bestimmung, welche das Concilium zu Trient (1545—1563) für die geistlichen Gerichte einführte, für die weltlichen schon lange vorher eingeführt war, und die verbesserte Kammergerichts-Ordnung in dieser Beziehung also nichts Neues enthielt, sondern den längst bestandenen Grundsatz wiederholte.

---

1) Und dazu bemerkt er in der Note: „schon durch die erste C. G. O. v. 1495 §. 20, welcher man in den folgenden Gesetzen treu geblieben, C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6. Tit. 29. §. 4. sey das Prinzip aufgestellt,“ v. Gönner Commentar über das Königl. baierische Gesetz vom 22. Junius 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr. Erlangen 1820. S. 239.

2) S. diese Zeitschrift B. IV. H. 1. S. 5.

3) Gönner a. a. O. S. 242 f.

IX.

Beiträge zu der Lehre über die außergerichtliche Appellation.

Von Linde.

Man wird im Gebiete des deutschen gemeinen Civilprocesses, nicht leicht eine Lehre finden, über welche die Ansichten verschiedener wären, als bei der s. g. außergerichtlichen Appellation.

Die älteren Processualisten bestimmten den Begriff dieses Instituts meistens nach dem Wortverstande: appellatio extraiudicialis est, quae fit ab actibus extraiudicialibus, estque duplex, alia fit, si *iudex* extraiudicialiter procedat, alia si pars extraiudicialiter gravetur [1]). Die Theorie wurde bei andern näher ausgeführt, und das Characteristische des Rechtsmittels besonders darin gesetzt: „quod non omnis provocatio, quae fit extra iudicium, ideo sit extraiudicialis, sed talis tantum, quae a mera parte vel iudice, *sine omni causae cognitione praevia fit*, quae fit a *futuro* vel *instante* gravamine, quae fit ab actibus extraiudicialibus [2]). Auch

1) Goth. Fibigii processus iuris cap. II. §. 21.

2) Iac. Blumen proc. cameralis Tit. 45. §. 2—12. Auch noch in neuerer Zeit ist behauptet, daß die außergerichtliche Appellation nicht schon geschehene, sondern wirklich drohende oder bevorstehende Verletzungen voraussetze. Heffter Institut. d. Civilproz. S. 485 f.

setzte man die Extrajudizialappellation als die Appellatio extraordinaria, der App. iudicialis als ordinaria gegenüber [1]). Besonders weitläufig verbreitete sich Lynker [2]) über diesen Gegenstand, und seit dem definirten die Juristen die Extrajudizialbeschwerde lange Zeit dahin: est gravamen extrajudiciale, quod citra causae cognitionem vel omnem vel sufficientem infertur [3]). Später verließ man diese vage Begriffsbestimmung [4]) und nannte Extrajudizialappellation diejenige, welche wegen einer Beschwerde, die Jemanden außer einem Prozesse zugefügt worden [5]), mogte die Beschwerde von einem Beamten oder Privaten zugefügt seyn [6]). Andere bezogen die Extrajudizialappellation nur auf Fälle, wo ein Richter als solcher eine Beschwerde nicht in einem zwischen zwei Partheyen geführten Rechtsstreite, sondern außer einem Prozesse zugefügt hatte [7]). Indessen würde es ein eben so ver-

---

1) Breviculum praxis imperialis aulicae. Franef. ad. M. 1709. Tit. 45. pag. 181. Joh. Fried. Cramer manuale proc. imperialis. Franof. 1709. cap. II §. 1.

2) Nic. Christ. L. B. de Lynker de gravamine extraiudiciali et quatenus ab illo provocare liceat. Jenae 1737. — Schon Claproth bemerkte, dieser Tractat sey so scholastisch gelehrt geschrieben, daß der schlichte Menschenverstand nicht anders, als mit Fallen und Aufstehen mitkommen könne.

3) Esaiae Pufendorfii introd. in proc. civil. P. IV. cap. 1. Sect. 1. §. 13. Joh. Steph. Puetter nova epit. proc. imper. Lib. VII. §. 174.

4) A. L. B. ab Ulmenstein opusc. quaedam iurid. Hanov. 1781. No. 3. p. 123. seq.

5) Ernst Gottfr. Schmidt. Theorie des ordentl. Proz. Leipz. 1799. §. 284.

6) Chr. Gottl. Biener syst. proc. iud. Edit. 3. Tom. II. §. 187. hier wird aber die Eintheilung der Appellatio in ordinaria und extraordinaria, als Unterabtheilung der appellatio iudicialis aufgestellt.

7) Claproth Einl. in den ordentl. Proz. II. §. 372. Mehlen Anleitung zum ord. bürgerl. Proz. §. 394. 395. Dessen Schrift

gebliches als nutzloses Unternehmen seyn, eine Zusammenstellung aller verschiedenen Ansichten unter diese Materie zu versuchen, und es wird bei keiner Lehre des Civilprozesses das Lesen der ältern Schriften weniger befriedigen, wie bei dieser [1]).

In neuerer Zeit suchte Gönners bekannter Scharfsinn das Institut durch die Abhandlung über den gänzlichen Ungrund der Extrajudizialappellation aus dem Prozesse zu verbannen [2]). Er bemerkt im Eingang der Abhandlung, welche den Schluß der Erörterungen über die Rechtsmittel bildet:

„Nur ein Ding ist übrig, bekannt unter dem Namen der Extrajudizialappellation, das allenthalben sein Unwesen treibt: ein Ding, das in der Theorie und Praxis bisher viel Unheil gestiftet hat: ein Ding, das bisher zur großen Plage der Gelehrten sich in die Prozeßtheorie eingeschlichen hat, und dessen legitime Abkunft noch nicht hinreichend geprüft ist."

„Besondere Schicksale hatte dieser Gegenstand: je mehr über ihn geschrieben wurde, desto verworrener wurde er, und noch bis diesen Augenblick denkt sich fast jeder etwas anderes unter diesem Namen. Keiner weiß bestimmt, was er sich darunter denken müsse, weil noch Keiner an die Frage kam, ob man sich darunter auch nur Etwas denken könne?"

üb. d. Appellation §. 9. Ulich Abh. von Appellationen §. 36. ff. Danz Grundſ. der ord. Proz. § 424. Dessen Grundſ. des Reichsgerichtsproz. §. 303.

1) Wer die ältern Ansichten näher kennen lernen will, findet hinlänglichen Stoff in den angeführten und andern Werken, die das ganze Prozeßsystem behandeln, besonders in der angeführten Lynkerschen Schrift, und in Barthel Diss. de appellat. extraiud. (Opusc. T. I. N. 9.) Chr. Fried. Fenner Diss. de appellatione extrajud. an impediat attentata. Marb. 1742.

2) Gönner Handb. d. d. gem. Proz. B. III. Abth. 68. S. 540—554.

Hierauf führt er über den Gegenstand selbst im Wesentlichen Folgendes an [1]):

1) „Das römische Recht habe die Extrajudizialappellation nicht erfunden, sondern ihr Ursprung müsse dem Pseudo-Isidor im cap. 5. X. de appellat. zugeschrieben werden. Doch habe das römische Recht anfangs nur Appellationen von Extrajudizial-Decreten, und später den Widerspruch gegen eine Wahl, eine Installation u. dergl. in Form einer Appellation cap. 8. de appell. in 6. cap. 4. de elect. in 6. erlaubt.

2) Sobald hieraus die Practiker in nicht streitigen Sachen die außergerichtliche Appellation hätten bilden wollen, und der Irrthum sogar auf die Reichsgerichte übergegangen sey, seyen die Reichsgesetze ins Mittel getreten, und hätten die Appellation gegen Befehle der Obrigkeit, welche von derselben nicht als Richter, sondern tanquam pars erlassen worden, verboten. R. A. v. 1594. §. 94. 95.

3) Da nun auf eine gerichtliche Streitsache das Prädikat einer außergerichtlichen Appellation unpassend sey, so folge, daß von derselben bei richterlichen Bestimmungen in Judizialsachen keine Rede seyn könne, um desto weniger als die Gesetze sogar gegen bloße Zwischenurtheile die eigentliche Appellation zuließen.

4) Gegen Decrete, worin Prozesse (außer dem Falle eines gebrauchten Rechtsmittels) abgeschlagen würden, könne man am Ende nur bei dem höhern Richter Hülfe suchen. Dieses sey die Appellation in einer Justizsache, ergriffen gegen Extrajudizialdecrete.

5) Handle der Richter im Verlaufe eines Streits ungebührlich, so beziehe sich seine Handlung entweder auf die Rechtsverhältnisse der Partheyen in ihrer Streitsache, oder er beleidige eine Parthei außer dieser Beziehung. Im letzten

---

1) S. Gönner zu Danz Grundsätze des ordentlichen Proz. §. 424. S. 621. N. **.

Falle werde der Richter persönlich zum Gegner, und eine simple Beschwerde wider ihn begründet. Im ersten Falle finde nach vorhergegangenen Verhandlungen, so wie gegen die sogleich und ohne Vernehmung des andern Theils ergangenen abweichenden Decrete die Appellation, wie gegen Urtheile statt.

6) Eben dieses trete ein, wenn der Richter bei einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Rechtsverletzung begehe, als welches, so ferne nicht der Widerspruch eines andern Subjects die Sache in eine streitige Rechtssache verwandle, nur eine simple Beschwerde veranlasse.

7) Daß aber in Fällen, wo die Obrigkeit außer ihrer richterlichen Qualität handle, und bei Rechtsverletzung als Parthei zu betrachten sey, eine Appellation nicht Statt finden könne, beweise nicht nur der angeführte R. A. v. 1594, sondern es werde auch aus dem Widerspruche, eine zweite Instanz anzunehmen, wo keine erste existire, und aus vielen schädlichen Folgen sichtbar."

Bevor man in eine Prüfung dieser verschiedenen Ansichten, besonders der Gönnerschen eingeht, scheint es nöthig, die gesetzlichen Bestimmungen über unsern Gegenstand vollständig anzugeben. Es ist auffallend, daß man sich damit seither so wenig befaßte, während auf diese Weise doch allein der Streit der Meinungen entschieden werden kann.

Schon das römische Recht, welches in Civilprozeßsachen nur gegen Definitivsentenzen, Zwischenurtheile über präjudizielle Nebenpunkte, und vor der Definitivsentenz gegen verdächtige Richter Appellation zuließ [1]), gestattete gleichwohl auch in mehreren Fällen gegen solche Verfügungen einer öffentlichen Behörde, die nicht in einem, zwischen zwei Partheyen geführten, Rechtsstreite erlassen worden sind, eine Appellation.

---

1) Vergl. hierüber diese Zeitschrift B. IV. Heft 1. S. 1. f.

Fr. 1. §. 1. quando appellandum sit. 49, 4.

„Si quis tutor datus fuerit vel testamento, vel a quo alio, qui ius dandi habet; non oportet eum provocare; (hoc enim Divus Marcus efficit) sed intra tempora praestituta excusationem allegandam habet, et si fuerit repulsa, tunc demum appellare debebit; ceterum ante frustra appellatur."

Fr. 1. §. 2. eod.

„Alia causa est eorum, qui ad aliquod munus vel honorem vocantur, cum dicant se habere excusationem; nam non aliter allegare possunt causas immunitatis suae, quam si appellationem interposuerint."

Vergl. hiermit Fr. 21. §. 2. de appellationibus 49, 1. Fr. 1. §. 1. de vacatione et excusatione munerum. 50, 5. Const. 1. de temp. appell. 7, 63. Const. 4. 7. 11. de appellat. 7, 62. Const. 4. Si pendente appellat. 7, 66.

Das canonische Recht stellte bekanntlich gegen das römische, den Grundsatz auf, daß in jedem Stadium des Prozesses, gegen jede richterliche Verfügung, Appellation ergriffen werden dürfe [1]). Daß solche Bestimmungen dem römischen Rechte fremd waren, wußte der Gesetzgeber recht gut, denn er bemerkt selbst: „Leges autem seculares appellationem, nisi in casibus, ante sententiam non admittunt [2]). Wiederholt wird im canonischen Rechte der Grundsatz ausgesprochen: „Sacri canones ante et post litis contestationem, et in prolatione sententiae, et post, singulis facultatem tribuunt appellandi [3])", und diese Ansicht so weit verfolgt, daß man gegen alle Verfügungen eines Richters schon, ehe sie noch erlassen waren, sollte appelliren dürfen. Es verfügte nämlich Alexander III. gegen das Jahr 1180 weiter:

---

1) S. diese Zeitschrift B. IV. Heft 1. S. 3. f.
2) Cap. 12. X. de appellat. 2, 28. (Alexander III. c. a. 1180.).
3) Cap. 12. X. 2, 28.

„Consuluit C. v. t. r. quod si generaliter appellationem quis imponeret ab omni gravamine, quod sibi posset contingere, huiusmodi appellatio tenere non debet. Si vero ab aliquo iudice super omni gravamine, quod in una causa sibi possit inferri, quanquam generalis appellatio sit interposita, appellationi tamen ejus est ab eodem iudice deferendum“ [1]). Alle diese Bestimmungen können aber recht gut nur von Civilprozeßsachen verstanden werden, und selbst die Verfügung Alexanders III. in cap. 5. X. de appellat. „Si vero a gravamine et ante litis ingressum fuerit appellatum, huiusmodi audietur appellans; quoniam sacri canones etiam *extra iudicium* passim appellare permittunt,“ in welcher die ältern Juristen den Sitz der Extrajudizialappellation fanden, redet zugleich von Civilprozeßsachen, indem das appellare extra iudicium nichts anders heißt, als Appelliren ante litis ingressum oder ante litis contestationem.

Daß es gleichwohl die Absicht des canonischen Rechts war, jene grenzenlose Appellationsbefugniß nicht blos bei Civilprozeßsachen, sondern auch bei Verfügungen richterlicher und anderer Behörden in andern Angelegenheiten eintreten zu lassen, geht aus folgender Stelle klar hervor:

Cap. 8. de appellat. in VI. 2, 15.

(Bonifacius VIII. c. a. 1298.)

„Concertationi antiquae finem imponere praesenti constitutione volentes: Statuimus, ut ab electionibus, postulationibus, provisionibus, et *quibuslibet extraiudicialibus actibus* (in quibus potest appellatio interponi) quisquis ex eis gravatum se reputans, per appellationis beneficium gravamen illatum desideraverit revocare, intra decem dies, postquam sciverit, si velit, appellet; post decendium vero eidem aditus non pateat appellandi. Sed si per contradictionem debitam, vel alia

1) Cap. 18. X. de appell. 2, 28.

iuris remedia petierit revocari gravamen, ei (dummodo medio tempore his non consenserit) lapsus decendii non obstat."

Nach dem Inhalte dieser Stelle kann man den Prozessualisten keinen Vorwurf darüber machen, daß sie behaupteten, nach canonischem Rechte seye auch in nicht gerichtlichen Sachen Appellation erlaubt gewesen, und darauf den Grundsatz bauten: daß in Justizsachen [1]) die gerichtliche, in Nichtjustizsachen die außergerichtliche Appellation Statt finde.

Wenn hiernach das canonische Recht die Appellation in extraiudicialibus actibus getrennt von der Appellation in Civilprozeßsachen behandelte, wenn sich nirgends eine Spur findet, daß diese Appellation in Extrajudizialsachen auch nur mit der Appellation gegen Beiurtheile verwechselt oder vermischt worden wäre, wenn vielmehr in einer Stelle ausdrücklich bemerkt wird, daß solche Appellationen nicht eigentlich appellationes, sondern provocationes ad causam genannt werden [2]), so dürfte demselben über den Umfang und die Bedeutung dieses Instituts kein Vorwurf zu machen seyn. Denn nach allgemeinen Grundsätzen ist es eben nichts Nachtheiliges, wenn auch gegen Verfügungen der Behörden in außergerichtlichen Angelegenheiten eine höhere Instanz angerufen

---

1) Justizsache ist in der engern Bedeutung zu nehmen, und soll eigentlich heißen Civilprozeßsachen. S. mein Lehrb. des Civilproz. §. 48.

2) Nämlich in Cap. 5. X. de appellat. 2, 28. wo es heißt: „Si vero a gravamine, et ante litis ingressum fuerit appellatum, huiusmodi audietur appellans; quoniam sacri canones, etiam extra iudicium passim appellare permittunt: nec solent huiusmodi dici appellationes, sed provocationes ad causam." Zwar spricht diese Stelle im Eingange von Civilprozeßsachen; allein es dürfte sich nicht beweisen lassen, daß extra iudicium appellare eine Appellation gegen Extrajudizialdecrete im Sinne, wie der Ausdruck bei dem ehemaligen Reichsgerichte gebräuchlich war, bezeichne, wie Gönner a. a. O. S. 542 annimmt.

werden kann; und es läßt sich mit nichts beweisen, daß dieses nur bei andern Rechtsangelegenheiten zweckmäßig und nothwendig sey. Auch der Umstand, daß die außergerichtliche Appellation an dieselben höhern Gerichte gehen konnte, an welche die gerichtliche Appellation ging, ist eben dadurch sehr begreiflich, daß nach der ehemaligen Einrichtung für Civilprozeßsachen, Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und andere Administrativ- und Polizeisachen nicht verschiedene Behörden organisirt, sondern solche verschieden artige Gegenstände im Begriffe überall nicht scharf genug getrennt, und derselben Behörde, dem Richteramte, überwiesen waren. Ueberbleibsel dieser Einrichtung finden sich auch jetzt noch überall, und es wird sich unten ergeben, daß eine solche Organisation der Gerichte zum Theile gar nicht wohl entbehrt werden kann.

Der deutsche Gerichtsgebrauch und deutsche Partikulargesetze, so wie die Reichsgesetzgebung geben der Extrajudizialappellation eine sehr verschiedenartige Bedeutung.

Die Reichsgerichte scheinen schon früh darin das Mittel gefunden zu haben, das dem Reichsoberhaupte zustehende Recht und die Verbindlichkeit, die deutschen Reichsbürger gegen jedes Unrecht zu schützen, auszuüben. Die zu diesem Ende nothwendige Aufsicht übten nämlich die höchsten Reichsgerichte nicht blos dann aus, wenn eine Prozeßsache von der untern Instanz, im Wege des gerichtlichen Prozesses zur Entscheidung an sie kam; sondern, auch während des Laufes eines Prozesses, und ehe noch die Hauptsache zur Entscheidung an ein höchstes Reichsgericht devolvirt war. Sie schritten z. B. ein, wenn ein Landesherr Cabinetsjustiz ausübte, wenn er die Gerichte nicht gesetzmäßig besetzte, wenn er den mittelbaren Unterthanen den gebührenden Rechtsweg versagte [1]) und in dergleichen Fällen. Aber auch hier zeigte sich bald Mißbrauch,

1) H. v. Schelhaß, über die Gerichtsbarkeit der höchsten Reichsgerichte. Stuttg. 1795. S. 112—163.

dem der R. A. v. 1594 zu steuern suchte, worin insbesondere deshalb verordnet wurde:

§. 94. „Wenn aber von gemeiner interlocutori, so doch appellabilis ist, appellirt wird, sol alsdenn, nach inhalt gemeiner beschriebener Recht, nit inhibirt werden; es sey dann euidens periculum in mora, oder daß darauß damnum irreparabile erfolgen müste, welches doch zuvor bescheinet werden sol. Also sol auch in extrajudizialibus appellationibus, ehe vnd zuuor die Jurisdiction vnd Appellation gnugsam fundirt vnd justificirt, vor der Kriegsbefestigung, oder zum wenigsten ehe der Gegentheil darüber gehört, durchauß kein inhibitio erkendt werden. Aber nachdem die Extrajudizial-Appellationen fast heuffig an vnser Keys. Kammergericht erwachsen; dahero etwan geklagt worden, als würden dadurch die ordentliche Außträge abgeschnitten; wiewohl es nicht ohne, da die Oberkeit, jure et vi potestatis atque jurisdictionis, vor sich selbst, oder auff eines andern ansuchen, jren Vnterthanen, oder ein andern ausserhalb deß Gerichts, mit beschwerlichen Bescheiden, Gebot vnd Verbotten, oder auch Geldstraff grauirt, daß solche appellationes, vermög der gemeinen Rechten, angenommen, wie es auch billich bey solcher rechtlichen Disposition verbleibt; Jedoch damit die Vnterthanen gegen jren Oberkeiten nit leichtlich die vrsach schöpffen möchten, als wann jnen von allen Ampts vnd denen bescheiden, so jnen von Oberkeit, vnd auß deren vorgehenden geheiß, aufferlegt, zu appelirn bevor vnd freystehe: §. 95. Darumb setzen, ordnen vnd wöllen wir ferners, daß den ohnmittelbaren Vnterthanen, auff solch Extrajudizial-Appellationen, — es were dann dasselb grauamen zuvorderst verisimiliter erwiesen, vnd daß der Magistrat tanquam judex procedirt hatte, — kein Proceß oder ladung erkenndt werden sollen; sonsten aber vnd im fall ex narratis interpositae extrajudicialis appellationis in processu erscheinen würde, daß die Oberkeit tanquam pars, vnd als ein Widersacher, vnd nicht richtlicher weiß gehand-

let, dieweil zu ermessen, daß hierinnen mehr simplex querela, dann die Appellation stat habe, sollen solche sachen an Richter erster Instanz gewiesen werden."

Aus dieser Verfügung geht deutlich hervor, daß die Extrajudizialappellation als ein von der Appellation gegen Beiurtheile durchaus verschiedenes Rechtsmittel betrachtet wurde, daß Extrajudizialappellationen zuläßig waren, wenn Obrigkeiten jure et vi potestatis atque iurisdictionis für sich selbst, oder auf eines andern Ansuchen, ihre Unterthanen oder einen andern außerhalb des Gerichts, mit beschwerlichen Bescheiden, Geboten und Verboten oder auch mit Geldstrafen gravirten. Sehr energisch schreibt aber das Gesetz vor, daß das Reichskammergericht in Zukunft auf solche Extrajudizialappellationen keine Prozesse oder Ladungen mehr erkennen solle, wenn nicht zuvor das gravamen verisimiliter bewiesen, und der magistratus tanquam *iudex* gehandelt habe.

Durch diese reichsgesetzliche Verfügung war also das Gebiet der außergerichtlichen Appellation gegen die Bestimmungen des canonischen Rechts und gegen die bis dahin bestandene Praxis beschränkt, und zwar in der Art, daß nun nicht mehr gegen beschwerliche Verfügungen jeder Behörde, sondern nur gegen die einer richterlichen Behörde, und in diesem Falle nur dann zur außergerichtlichen Appellation gegriffen werden durfte, wenn der Richter als solcher procedirt, und das Gravamen verisimiliter erwiesen wäre.

Das Reichsgesetz hat sich dennoch wieder sehr unbestimmt ausgedrückt; denn wenn daraus auch deutlich die Behörde, gegen deren Verfügungen die Extrajudizialappellation Statt finden soll, erkennbar gemacht ist, so fehlt es doch wieder an einer Hauptsache, nämlich an der Characterisirung derjenigen Verfügungen, welche Gegenstand der außergerichtlichen Appellation seyn sollen. Der Reichsabschied v. 1594 hat hierüber in der That nichts ausgesprochen. Denn wenn es daselbst in §. 94. heißt: „Also soll auch in extraiudicialibus

appellationibus, ehe und zuvor die Jurisdiction und Appellation gnugsam fundirt und justificirt, „vor der Kriegsbefestigung, oder zum wenigsten ehe der Gegentheil darüber gehört, durchaus keine inhibitio erkannt werden“; so ergiebt sich aus dieser Fassung, daß richterliche Verfügungen, welche auch erst nach der Kriegsbefestigung erlassen waren, Gegenstand einer Extrajudizialappellation seyn konnten, daß also die Verfügung nicht nothwendig ein Extrajudizialdecret zu seyn brauchte [1]), sondern in jedem Stadium des Prozesses vorkommen konnte.

Eben so wenig erklärt die fernere Beschreibung des gedachten R. A. in den Worten: „da die Obrigkeit, iure et vi potestatis atque iurisdictionis, von sich selbst, oder auf eines andern Ansuchen, ihren Unterthanen, oder einen andern außerhalb des Gerichts, mit beschwerlichen Bescheiden, Geboten und Verboten, oder auch Geldstrafen gravirt;“ die Sache, weil jene Merkmale sich in allen Arten richterlicher Verfügungen, welche die gewöhnliche Appellation gegen Endurtheile oder Beiurtheile zulassen, finden können, sobald man die Worte „außerhalb des Gerichts“ nicht so erklärt, als wenn damit hätte gesagt werden sollen: „alle Verfügungen, welche ein Richter außer einem anhängigen Civilrechts-

---

1) Bei dem Reichskammergericht wurde ein doppeltes Verfahren unterschieden, nämlich das Judizial- und Extrajudizialverfahren. Dieses letztere begriff alle Handlungen, welche von der Bitte um Annahme einer Sache bis zum weitern Fortgange der erkannten und verkündeten Annahme statt fanden. Jene Handlungen wurden in der Canzley vorgenommen, worüber der Gegner nicht gehört wurde (Puetter proc. imp. §. 174.). Das Justizialverfahren umfaßte die weitern Verhandlungen in der Audienz, worüber der Gegner gehört wurde. Danz Reichsgerichtsproz. §. 178. Reuß Beitr. zur neusten Geschichte der reichsgerichtl. Verf. B. 2. S. 1. f. — Deshalb hat man außergerichtlich auch wohl alle Verfügungen genannt, welche ein Richter auf einseitige Vorstellungen einer Parthey, ohne die andere gehört zu haben, erläßt. Mehlen Anl. z. d. Proz. §. 394. N. 3. S. 555.

streite oder einem Criminalprozesse erlasse, seyen Gegenstand der Extrajudizialappellation"[1]. Diesen Sinn scheint das Reichsgesetz mit jenen Worten nicht zu verbinden, dadurch vielmehr die Worte „oder ein andern" erklären zu wollen. Denn nach der ganzen Fassung des Gesetzes sind Gerichtsunterthanen andern Personen, die nicht Gerichtsunterthanen sind, entgegengesetzt, so daß der Ausdruck „andere außerhalb Gerichts" wohl nur Personen, die nicht Gerichtsunterthanen sind, bedeutet.

Diese Lücke in der Gesetzgebung läßt sich jedoch durch die Wissenschaften wohl richtig ausfüllen, wenn man davon ausgeht: daß die außergerichtliche Appellation gegen diejenigen richterlichen Verfügungen Anwendung finde, gegen welche eine Remedur für nothwendig gehalten werden muß, und für welche die übrigen Rechtsmittel nicht gegeben sind. Soll nämlich die Summe der Rechtsmittel gleich seyn der Summe aller, durch den Richter möglichen, Verletzungen[2], so müssen nothwendig Gegenstand der außergerichtlichen Appellation diejenigen möglichen Verletzungen des Richters seyn, für welche keins der übrigen Rechtsmittel gegeben ist. Auf diesem Wege gelangt man freilich zunächst zu einer negativen Bestimmung des Gebiets der Verfügungen, welche Gegenstand der außergerichtlichen Appellation sind; aber der Inhalt des Gebiets wird positiv bestimmt, sobald man alle Arten richterlicher, möglicher Weise beschwerlicher Verfügungen neben einander stellt, und diejenigen, für welche andere Rechtsmittel gegeben sind, ausscheidet.

Zunächst kommt es nun darauf an, den Umfang der möglichen Verfügungen, welche der Richter als solcher erläßt, festzustellen.

---

1) So versteht das Gesetz Laun Observ. forenses. Wirceb. 1718. p. 24. u. m. A.

2) Gönner Handb. III. S. 107.

Nach der deutschen Gerichtsverfassung war bekanntlich allgemein der Richter nicht allein instruirende und rechtsprechende Behörde, sondern versah zugleich die Geschäfte der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, so wie Polizei- und Verwaltungsgeschäfte. Es entsteht deshalb zunächst wieder die Frage, ob das Reichsgesetz, wenn es vorschreibt: die Zulässigkeit der Extrajudizialappellation sey dadurch bedingt, daß der Magistrat tanquam judex procedirt habe; darunter verstanden hat, daß die Gerichtsbehörde als instruirende oder rechtsprechende Behörde in einer Civilprozeßsache gehandelt habe, oder ob, nach der Ansicht des Gesetzgebers der Magistrat auch dort tanquam judex procedirte, wenn er überhaupt innerhalb der Grenzen seiner amtlichen Attributionen thätig war?

Mir scheint diese letztere Ansicht dem Gesetze zu Grunde zu liegen. Denn nach der frühern Ansicht von dem Geschäftskreise der Gerichtsbehörden dachte man sich die Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mancher Polizei- und Verwaltungsgegenstände für das Richteramt nicht minder wesentlich, als die Administration der streitigen Jurisdiction, und hiernach handelte der Magistrat überall tanquam judex, wo er die ihm verfassungsmäßig gebührenden Befugnisse ausübte. Daher sagt auch das Gesetz, daß solche (außergerichtliche) Appellationes überall, wo die Obrigkeit iure et vi *potestatis atque iurisdictionis* handle, angenommen werden sollten, wenn der Magistrat nur tanquam judex handle; und den Gegensatz bildet blos der Fall, wo die Obrigkeit tanquam pars, und als ein Widersacher (und nicht richterlicher weiß) gehandelt hat. Hiernach gelangt man schon zu dem Satze: daß die außergerichtliche Appellation für alle diejenigen beschwerlichen Bescheide, Gebote, Verbote und Strafverfügungen des Richters gegeben ist, die der Richter in seiner Eigenschaft als Obrigkeit zwar, aber nicht als Richter in einer Civilprozeßsache erlassen hat.

Dieser Grundsatz hat nun aber in neuerer Zeit, mit der veränderten Organisation des Richteramts, womit viele Attributionen, nämlich solche, welche auf Polizei- und Administrationsgeschäfte Bezug hatten, von der Gerichtsbehörde abgelößt und besonders gebildeten Behörden zugewiesen sind, an seiner practischen Bedeutung verloren. Und selbst dort, wo die Gerichtsbehörden noch mehr oder weniger mit Polizei- und Administrativ-Gegenstände verfassungsmäßig beschäftigt sind, ist durch partikularrechtliche Bestimmung der Weg der Beschwerdeführung neu ausgebildet. Nur die Acte der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit findet man in Deutschland, wo gemeines Recht noch gilt, vor wie nach meistens dem Richteramte noch anvertraut, und für solche ist sonach die Extrajudizialappellation das gesetzmäßigen Rechtsmittel gegen beschwerliche Verfügungen.

Für die Verfügungen, welche der Richter bei dem Verfahren in streitigen Privatrechtssachen (Civilprozeßsachen) erläßt, sind hauptsächlich die Appellation gegen Endurtheile und gegen die verschiedene Arten von Beiurtheilen, die Revision, die Nichtigkeitsbeschwerde, und das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegeben. Die Fälle, worin diese Rechtsmittel Platz greifen, sind hinlänglich bekannt.

Es kann aber der Richter bei Gelegenheit des Verfahrens über streitige Privatrechtssachen aus Rücksichten auf die Prozeßleitung Verfügungen erlassen, die bald nur in mittelbarer Beziehung zu dem Rechte der Partheyen stehen, bald nicht einmal eine solche Beziehung haben, bald geradezu gegen Dritte gerichtet sind, an denen bald beide Partheyen, bald nur eine, bald auch keine, irgend ein Interesse nimmt, und bei welchen es an wesentlichen Voraussetzungen zur Anwendung der schon benannten Rechtsmittel für Civilprozeßsachen fehlt, und wo dennoch ein Rechtsmittel gegen die richterliche Verfügung nicht entbehrt werden kann.

Fälle der Art treten ein:

I. Bei allen Verfügungen, die Ausflüsse der Disciplinargewalt des Richteramts sind. Diese können wenigstens vom Richter amtlich, ohne Anrufen einer Parthei erlassen werden, z. B. wenn die Partheyen, Anwälte, Zeugen, Sachverständige, die Schranken der Ordnung überschreiten, und der Richter die Eingaben zur Reinigung von Anzüglichkeiten zurückgiebt, Strafen verfügt, u. dergl. Unter Umständen kann hier freilich auch ein anderes Rechtsmittel statt finden, z. B. einfache Beschwerde gegen den Richter, Appellation gegen Beiurtheile, wenn der Richter zugleich eine Handlung präcludirte, für desert erklärte, u. dergl. Regelmäßig wird sich aber der Fall zu einer außergerichtlichen Appellation eignen.

II. Desgleichen eignen sich solche Fälle nur zu einer außergerichtlichen Appellation, wenn ein Zeuge zur Ablegung eines Zeugnisses, ein Sachverständiger zur Abgabe eines Gutachtens angehalten wird, und behauptet dazu nicht verbunden zu seyn. Ein Advocat wird angehalten, eine arme Parthei zu bedienen; er hält sich aus irgend einem Grunde aber dazu nicht für verpflichtet. Der Product erläßt einem Zeugen den Eid, der Richter zieht aber hinterher die Richtigkeit der Aussage in Zweifel, und will die Aussage amtswegen wiederholen, und den Zeugen schwören lassen [1]), und dieser hält sich nicht für verbunden.

Aus der nun versuchten Darstellung der Theorie über die Appellation von Beiurtheilen und über die außergerichtliche Appellation geht auf das Bestimmteste hervor, daß die Gesetzgebung beide Rechsmittel von jeher als zwei verschiedene betrachtet hat, und diese Betrachtungsweise im canonischen Rechte wiederholt, im Reichsrechte aber im R. A. von 1594. §. 94. noch besonders bestimmt hervorgehoben ist, indem hier zuerst von gemeiner Interlocutoria, welche appella-

---

1) Mevius Dec. P. V. D. 242.

bilis ist, und sodann von der Extrajudizialappellation gehandelt wird. Wenn im römischen Rechte der Unterschied nicht bemerkbar gemacht wird, so liegt der Grund theils in der Prozeßform, hauptsächlich aber darin, daß es im römischen Prozesse keine Appellation in einer Civilprozeßsache, außer der vom Endurtheile gab. Dagegen ist von Fällen einer Extrajudizialappellation im römischen Rechte allerdings die Rede, wie schon oben nachgewiesen ist.

Was das Verfahren bei der außergerichtlichen Appellation anbetrifft, so ist dieses auf dieselbe Weise geordnet, wie bei der Appellation von solchen Beiurtheilen, welche nicht gleiche Kraft mit den Endurtheilen haben [1]). Insbesondere ist auch das zehntägige Interpositionsfatale, von dem Tage, wo man die Beschwerde erfährt, an gerechnet [2]), und die Einführungs- und Rechtfertigungsfrist vorgeschrieben [3]).

Die Reichsgesetzgebung hat hieran nichts geändert, und nur noch bestimmt, daß auch in extraiudicialibus appellationibus, ehe und zuvor die Jurisdiction und Appellation gnugsam fundirt und justifizirt, vor der Kriegsbefestigung, oder zum wenigsten ehe der Gegentheil darüber gehört, durchaus keine Inhibition erkannt werden solle [4]).

Wenden wir uns nunmehr zur Prüfung der neueren Ansichten über unsern Gegenstand, und zwar zunächst zu der Gönnerschen, so ergiebt sich:

1) daß Gönner's Behauptung, nach welcher die Extrajudizialappellation eine Erfindung des canonischen Rechts seyn soll, insofern falsch ist, als schon das römische Recht, ohne

---

1) Cap. 1. de appellat. in VI. 2, 15.

2) Cap. 8. eod. in VI. 2, 15.

3) Clem. 3. de appellat. 2, 12. Dagegen sind Nova unter gewissen Beschränkungen zuläßig. Cap. 4. de elect. in 6. 1, 6. S. darüber Gönner Handb. III. 60. §. 10.

4) R. A. v. 1594. §. 94.

den Ausdruck appellatio extraiudicialis zu gebrauchen, ausdrücklich für eine Reihe von Fällen, die sich zur gerichtlichen Appellation nicht eigneten, dennoch das Rechtsmittel der Appellation für zuläßig erklärt. Die Entgegnung, daß in den angeführten Fällen des römischen Rechts nur simple Beschwerde vorhanden sey[1]), ist nicht erheblich, weil ja das römische Recht ausdrücklich und wiederholt das Rechtsmittel der Appellation als nothwendig anwendbar, und dadurch die Beschwerde, die natürlich als wenigstens angeblich vorhanden, vorausgesetzt werden muß, für eine solche erklärt, die nicht als simple behandelt werden soll[2]). Daß es nicht gleichgültig ist, ob man einem Gegenstande den Character einer Appellation beilegt oder nicht[3]), ist sehr richtig; aber gerade deshalb ist es auch nicht gleichgültig: ob man das Rechtsmittel, welches die Gesetze als Appellation characterisirt haben, als solche oder, mit Hinwegsetzung über die bestimmteste positive Vorschrift, als simple Beschwerde darstellt.

2) Das canonische Recht hat nicht blos, wie Gönner a. a. O. S. 543. die Sache darstellt, gegen eine Wahl, Installation u. dergl. den Widerspruch in Form einer Appellation einzulegen gestattet; sondern es hat, wie eben nachgewiesen ist, das Rechtsmittel der Appellation für solche Fälle eben so vollständig und in gleicher Weise wie für Fälle, wo durch Beiurtheile in anhängiger Civilprozeßsache Beschwerden zugefügt werden, ausgebildet. Die Rechtsgelehrten haben daher nicht mit blinder Verehrung gegen das canonische Recht in die Rechtswissenschaft eine dahin nicht gehörige Rechtslehre hinüber getragen; sondern umgekehrt hat Gönner einen positiven Grundsatz heraus zu tragen gesucht. Gönner behaup-

---

1) Boehmer J. E. P. II. 28. §. 2.

2) Claproth ord. Proz. II. §. 372. Note a. Berger System. proc. T. II. §. 187. N. 5.

3) Gönner a. a. O. §. 5. S. 546.

tet zwar, daß das canonische Recht bei allen diesen Verordnungen eine Quelle des gemeinen deutschen Prozesses nicht sey, weil ein offenbar besonderes nur für geistliche Sachen geltendes Gesetz, nicht geeigenschaftet sey, Quelle des gemeinen Prozesses für weltliche Sachen zu werden. Allein mit Hülfe eines solchen Grundsatzes würde es leicht gelingen, das ganze canonische Recht aus der Reihe der Quellen des gemeinen Prozesses zu verdrängen, es beweißt also jener Grundsatz sicher zu viel, und deshalb gar nichts. Es ist aber auch falsch, daß das canonische Recht blos von geistlichen Sachen bei Gelegenheit der Extrajudialappellation spricht, es verbreitet sich vielmehr ausdrücklich sehr allgemein über alle außergerichtliche Acte.

3) Auch die Behauptung Gönner's (a. a. O. S. 546. f.) daß das Cap. 5. X. de appellat. 2, 28. von einer Justizsache, so lange solche extrajudizial sey, rede, ist mit nichts bewiesen, und unmöglich kann man annehmen, daß durch die Worte extra iudicium Alexander III. im J. 1180 habe ein Verhältniß ausdrücken wollen, welches sich erst bei den deutschen Reichsgerichten ausbildete, und in dieser Bedeutung nicht einmal in die deutschen Landesgerichte übergegangen ist.

Gönner's Ansicht und die Entwicklung derselben beruht überhaupt auf dem Irrthum, daß nur bei richterlichen Bestimmungen in Justizialsachen eine Appellation zuläßig sey [1]; ein Irrthum der leicht erkannt wird, wenn man sieht, wie die Gesetze auch in andern Verhältnissen die Appellation zulassen und sie dafür besonders ausbilden, und daß auch bei der Verhandlung über Civilprozeßsachen richterliche Verfügungen vorkommen, welche mit den für Verfügungen in streitigen Rechtssachen gegebenen Rechtsmitteln nicht angegrif-

1) Uebrigens hat diese Ansicht bei vielen Eingang gefunden, z. B. Siebeth Kritik des gemeinen und Mecklenburg. Proz. §. 116. S. 36. Georg Laux Obs. forenses. Wirceb. 1817. Obs. II.

sen werden können. Auf eine Betrachtung dieser Verhältnisse ist die Gönnersche Darstellung gar nicht eingegangen. Wenn deshalb

4) Gönner lehrt: „da auf eine gerichtliche Streitsache das Prädikat einer außergerichtlichen Appellation unpassend sey, so folge, daß von derselben bei richterlichen Bestimmungen in Justizialsachen keine Rede seyn könne, um so weniger als die Gesetze sogar gegen bloße Zwischenurtheile die eigentliche Appellation zulassen"; so sind dieses durchaus wahre Sätze; allein sie geben uns keinen Aufschluß über die Rechtsmittel, welche dann zu gebrauchen sind, wenn der Richter bei Gelegenheit einer Judizialsache Verfügungen erläßt, wodurch nicht eine der Partheyen in Bezug auf das streitige Recht, sondern in anderer Beziehung, oder wodurch ein Dritter sich verletzt erachtet, und der Fall sich weder zu einer einfachen Beschwerde [1]), noch zur eigentlichen Appellation eignet. Gerade für solche Verfügungen aber ist, wie oben schon nachgewiesen wurde, die Extrajudizialappellation mit gegeben.

Die Ansicht Gönner's, daß wenn der Richter bei einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Rechtsverletzung begehe, niemals eine außergerichtliche Appellation, sondern immer entweder eine einfache Beschwerde, oder eine eigentliche Appellation, oder die Appellation gegen Extrajudizialdecrete statt finde [2]), beruht auf einer sehr durchdachten und scharfsinnigen Entwicklung. Um dieses nachzuweisen, muß ich etwas tiefer in Gönner's System eingehen.

Gönner nimmt die oberste Eintheilung aller Rechtsmittel daher: ob der Richter eine Verletzung zufügte, welche dem Gegner des verletzten Theils Rechte erwirbt, die man demselben durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzustreiten sucht, oder ob die Verletzung dem Gegner keine Rechte verleiht. Das erste bildet eigentliche Rechtsmittel (remediu

---

1) Gönner Handb. B. III. Abth. 67. §. 2—13.
2) Gönner Handbuch III. 68. §. 5. D. S. 547.

adversus sententias), das letzte simple Beschwerden gegen den Richter (simplices querelae)[1]. Zu diesen rechnet er nun auch die Beschwerden über Beschlüsse des Richters in unstreitigen Rechtssachen, sofern nicht ein Widerspruch eines Dritten die Sache in eine streitige verwandelt hat[2]; denn Rechtsmittel im eigentlichen Sinne finden nicht blos gegen Urtheile sondern auch gegen simple Decrete statt, wofern diesen eine Beschwerde über einen Act der richterlichen Reflexion in einer streitigen Rechtssache, woraus der Gegentheil ein Recht erlangen kann, zum Grunde liegt[3]. Ist über die Vornahme einer unstreitigen Gerichtshandlung

1) eine ordentliche Verhandlung im Prozeßwege gepflogen, z. B. es hat bei Confirmation eines Vertrags irgend Jemand einen Widerspruch erhoben, und ordentliche Verhandlungen über die Zuläßigkeit des Contrakts und seiner Confirmation veranlaßt; dann tritt die Sache ganz in die Sphäre einer Justizsache ein, welche als Präjudizialpunkt zuerst durch einen Act der eigentlichen richterlichen Gewalt entschieden werden muß. Hier können zur Anfechtung dieser Entscheidung, da die Sache in aller Rücksicht judizial ist, nur eigentliche Rechtsmittel gebraucht werden.

2) Wenn aber eine ordentliche Verhandlung im Prozeßwege nicht gepflogen wurde, soll man unterscheiden:

a) ob, wenn eine Handlung, z. B. die Bestätigung einer Vormundschaft begehrt wird, nicht derjenige, der diese Handlung begehrte, sondern irgend ein anderer, dessen Rechte dabei im Spiele sind, sich in seinen Rechten für verletzt hält. Dieser kann gar nicht eher über Rechtsverletzung klagen, bis er seine Rechte vor Gericht vertheidigt hat, und erst, wenn

---

1) Gönner Handb. III. 56. §. 6. S. 119.

2) Gönner a. a O. §. 12. S. 132.

3) Gönner Handb. III. 57. §. 1. S. 137.

diese Vertheidigung fruchtlos war, kann er ein Rechtsmittel ergreifen, welches aber nunmehr ein eigentliches Rechtsmittel ist, und mit einer simplen Beschwerde nichts gemein hat;

b) oder ob derjenige, der die Handlung begehrt, sich in seinen Rechten verletzt hält. Dieser soll sich nun ganz in der Lage eines Klägers befinden, welchem die gebetenen Prozesse abgeschlagen wurden. Er könne also neue Vorstellungen machen; aber wenn diese vergeblich seyn, so bleibe ihm nichts übrig, als sich an den höhern Richter zu wenden. Jedoch habe dieses Rechtsmittel, das man immerhin Extrajudizialappellation nennen möge, fast ausschließlich die Natur einer simplen Beschwerde und von der eigentlichen Appellation gar nichts an sich [1]).

Die Beurtheilung dieser Fälle unter Zifer 1 und 2 lit. a. halte ich für durchaus richtig. Was dagegen die Ansicht unter Zif. 2. lit. b. anbetrifft, so steht ihr die deutlichste Bestimmung des canonischen Rechts entgegen, weil dieses dafür das Rechtsmittel der Appellation ausdrücklich angeordnet hat. Die Analogie von dem Falle, wo dem Kläger die gebetenen Prozesse abgeschlagen sind, reicht auch nicht einmal aus, weil auch bei außergerichtlichen Handlungen die Verletzung nicht blos darin liegen kann, daß der Richter dem Gesuche keine Folge geben will, sondern auch in der Art der Leitung der Verhandlungen, den Modifikationen der Beschlußnahme u. dergl. Diese Ansicht Gönner's scheint übrigens auch von den neuern Juristen nicht gebilligt worden zu seyn, da diese fast allgemein die außergerichtliche Appellation als das Rechtsmittel bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit annehmen [2]).

---

1) Gönner Handb. III. 67. §. 14—16. S. 534—538.

2) Thibaut Syst. d. P. R. §. 1276. Gensler Comment über Martin's Civilproz. Ausg. v. Morstadt. B. 2. S. 140. f. S. 117. Zif. IV. PFOTENHAUER doctrina processus Ed. secunda. Curante DIEDEMANNO. P. I. §. 205. Note 4. Mehlen Anl. z. ord. bürgerl. Proz. §. 394. Note 3.

Sehr abweichend von der gesetzlichen Theorie ist v. Grolman's Ansicht über die Extrajudizialappellation. Dieser gibt gegen bloße Decrete, d. i. richterliche Verfügungen, welche entweder keine Bestimmung über ein streitiges Rechtsverhältniß geben sollen, oder doch dieses zur Zeit rechtlich möglicher Weise nicht können, zunächst als Mittel an, durch weitern Vertrag an den beschwerenden Richter um Abstellung der Beschwerden zu bitten. „Bei solchen Decreten (sagt von Grolman) welche auf den Vortrag der einen Parthei eine Verfügung enthalten, durch welche sich die andere für beschwert erachtet, geschieht dieses durch den Vortrag einer Schutzrede, deren Verwerfung denn nur in einer Sentenz möglich ist. Bei solchen Decreten hingegen, welche die in dem Vortrage enthaltene Bitte ganz oder zum Theile abschlagen, kann die bezweckte Abänderung nur durch neuen jeden Zweifel besiegenden Vortrag und erneuerte Bitte bewirkt werden. Ist dieser neue Versuch fruchtlos, so bleibt, da durch die erneuerte Enthörung des Bittenden in diesem Falle immer bloßes Decret bleibt, nichts anders übrig, als bei dem höhern Richter die Beschwerde anzubringen (provocatio, *appellatio extraiudicialis*) und diesen aufzufordern, den Unterrichter zu einer gesetzmäßigen Prozeßleitung anzuhalten, ein Weg, welcher aber ohne Zweifel in diesem Falle auch gleich auf das erste Abschlagsdecret eingeschlagen werden kann" [1]).

Unter den Begriff der einfachen Decrete, von denen v. Grolman spricht, fallen auch diejenigen Interlocutorien, welche eine Beschwerde zufügen, die bei Gelegenheit der Appellation vom Endurtheile vom höhern Richter noch gehoben werden kann, es fallen aber auch solche Decrete darunter, gegen welche die Appellation von Beiurtheilen nothwendig

---

1) C. v. Grolman Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigk. §. 100. §. 101. a. E. u. §. 213. a. E.

gestattet werden muß, wenn es überhaupt zu einem Prozesse kommen soll, z. B. wenn der Unterrichter hartnäckig den Kläger mit der Klage zurückweist, ohne den Beklagten zu hören. Da für Fälle der ersten Art aber gar keine selbstständige Appellation gegeben ist, in Fällen der zweiten Art dagegen, die von der außergerichtlichen Appellation wesentlich verschiedene Appellation gegen Beiurtheile angewendet werden muß [1], v. Grolman aber die appellatio extraiudicialis als das eintretende Rechtsmittel darstellt, so ist dadurch die Anwendbarkeit dieser letztern offenbar über die gesetzliche Grenzen ausgedehnt. Diese Theorie verkennt deshalb den Unterschied zwischen der Appellation gegen Beiurtheile und der außergerichtlichen Appellation, wovon eine Folge die seyn wird, daß, wenn diese Theorie in die Praxis übertragen wird, außergerichtliche Appellationen sich vermehren, und die dabei einzuhaltende Verfahrungsart bald alle feste Grundlage entbehrt, weil die Verfahrungsart nur aus den Bestimmungen von zwei verschiedenen prozessualischen Instituten, nämlich der Appellation von Beiurtheilen und der außergerichtlichen Appellation gebildet werden wird.

---

1) Siehe diese Zeitschrift Bd. IV. Hft. 1. Abth. 1.

X.

Ueber die Appellation von Beiurtheilen nach dem Prozeßrechte des Großherzogthums Hessen.

Von Linde.

Um die Wichtigkeit der gemeinrechtlichen Theorie über die Appellation von Beiurtheilen gehörig zu begreifen, bedürfte es einer genauern Nachweisung, wie mangelhaft diese Lehre in den meisten Partikulargesetzen behandelt ist, und daß diese fast sämmtlich ausdrücklich oder stillschweigend, die Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Grundsätze voraussetzen [1]).

1) Man sehe z. B. Untergerichtsordnung des Erzstifts Mainz von 1534. Titel: „Von Appellation so von Beyurtheil geschicht." Würtemberg. P. O. v. 1710. Tit. 69. Codex iur. Bavarici iudiciarii v. 1753. Cap. 14. §. 1. Cap. 15. § 3. Hessen Hanau. Untergerichtsordnung v. J. 1764. Tit. 15. §. 4—7. Tit. 27. Tit. 28. §. 1. Preuß. A. G. O. I. 14. §. 2. Französ. Civilprozeßgesetzb. Art. 451. 452. Oesterreichische allgem. G. O. v. 1781. §. 252. 267. Würtemb. Edict v. 31. December 1818. §. 150. 151. 153. 154. 156. 157. und Würtemb. provisor. Verord. der Rechtsgang in Civilsachen bei den höhern Gerichten v. 22. Septbr. 1819. §. 13. Bayerisches Gesetz vom 22. Juli 1819, die Verbesserungen der Gerichtsord. betreffend, §. 18—21. Nassauisches Gesetz, allgemeine Vorschriften über das gerichtliche Verf. in Civilrechtsstreitigkeiten v. 23. April 1822. §. 1. 4. 10. 11. 83. 95. 98. 114. 115. Bremer P. O. §. 490. 487. Je=

Kaum dürfte aber ein Land aufzuweisen seyn, worin die Feststellung der Grundsätze über diese Lehre eigenthümlichern Schwierigkeiten unterworfen wäre, als in den Provinzen des Großherzogthums Hessen, in welchem die Prozeßordnung vom J. 1724 in Uebung ist. Aus diesem Grunde sey es erlaubt, hier zu versuchen, auf welche Weise der Gegenstand auf feste, dem practischen Bedürfnisse entsprechende, Grundsätze zurückgeführt werden könnte. Die Darstellung dürfte insofern allgemeines Interesse haben, als in vielen deutschen Ländern der Gegenstand ähnliche Schwierigkeiten bietet, und eine gleiche Remedur zu einem sichern Systeme führen würde.

In den Provinzen des Großherzogthums Hessen, in welchen gemeines Recht gilt, bestehen keine, ein eigenthümliches System über Appellation von Beiurtheilen [1]) bildende, gesetzliche Vorschriften. Dagegen hat die Prozeßordnung vom J. 1724 das gemeinrechtliche System über die Zuläßigkeit der Zwischenappellationen allerdings recipiren wollen. Denn sie bestimmt nicht nur, daß gegen Definitivurtheile, und diesen an Kraft gleichen Interlocuten der Untergerichte, so wie der Mittelgerichte, Appellation [2]) und querela nullitatis [3]), so wie das remedium restitutionis in integrum, und reductio ad arbitrium boni viri oder auch Compromiß [4]), und außerdem bei den Mittelgerichten noch Revision [5]) statt finden könne,

---

naer O. A. G. O. v. 1816. §. 20. Zif. 2. §. 31. a. Zif. 1. Zerbster O. A. G. O. v. 1817. §. 16. Zif. 2. Oldenburg. Prozeßreglement v. 1824. §. 25.

1) In Hessen ist für solche Berufungen der Ausdruck „außergerichtliche Beschwerde oder Appellation" gebräuchlich, der gemeinrechtlich aber eine viel engere Bedeutung hat, wie ich in einer besondern Abhandlung ausgeführt habe.

2) P. O. von 1724. Th. 1. Tit. 7. §. 1. Th. 2. Tit. 12. §. 1. f.

3) Ebendas. Th. 1. Tit. 7. §. 5. Th. 2. Tit. 12. §. 9.

4) Ebendas. Th. 1. Tit. 7. §. 6. Th. 2. Tit. 12. §. 10.

5) Ebendas. Th. 2. Tit. 11. §. 2.

sondern bestimmt daneben ausdrücklich: „Wir wollen auch gnädigst erlauben, daß die Partheyen, welche sich durch eine Sentenz gravirt finden, wann es Definitiva, oder Interlocutoria vim definitivae habens ist, oder diese ein *damnum irreparabile* nach sich ziehen thäte, über die übrige *in iure vel praxi pro re nata* obtinirende modos appellandi *per schedulam*, vel coram Notario et testibus, auch sofort bei der Publication mündlich an Unser Fürstlich Oberappellationsgericht provociren mögen, doch daß in solchen Fällen Unserer, in nachfolgenden Titel gesetzten Ordnung, bei Vermeidung der sowohl auf den neglectum der daselbst verordneten Solennien, als auch auf das vermessene und zu bloßem Umtrieb des Gegentheils angesehene litigiren, gesetzten Strafen, in allen Stücken genau nachgelebet werde" [1]).

Hiermit steht dann in Verbindung die weitere Bestimmung: „An Unser fürstl. Oberappellationsgericht, sollen regulariter keine andere Rechtfertigungen gelangen, oder gebracht werden, als welche bereits vorhero bei Unsern nachgesetzten fürstlichen Regierungen .... daselbsten tractiret, und entweder per sententiam definitam gänzlich, oder per interlocutoriam in so weit, daß eine Provacatio statt haben könne, terminiret worden" [2]).

Die Bestimmung in der P. O. Th. 2. Tit. 11. §. 1. über die Interlocute, die zwar nicht vim definitivae haben, aber doch ein damnum irreparabile nach sich ziehen, und bei welchen in iure vel praxi *per schedulam* appellirt werden müsse, bezieht sich offenbar auf diejenigen Beiurtheile, welche, wie sich die canonischen und Reichsgesetze ausdrücken: zwar nicht die Kraft von Endurtheilen haben, aber doch Appellation nothwendig machen, weil die dadurch zugefügte Beschwerde durch die Appellation von dem Endurtheil nicht

---

1) Ebendas. Th. 2. Tit. 11. §. 1.
2) Ebendas. Th. 3. Tit. 1. §. 1.

mehr gehoben werden kann, und insofern ein damnum irreparabile nach sich zieht, und gegen welche die Appellation nur schriftlich: (per schedulam) eingewendet werden konnte [1])

Die Richtigkeit dieser Ansicht läßt sich aus der Geschichte der Bearbeitung und Redaction der Prozeßordnung von 1724 vollständig nachweisen. Dem Regierungsrath Dr. Naysen in Gießen wurde nämlich im Jahr 1716, und später unterm 20. Mai 1718 der Auftrag ertheilt, nach Art der Samtgerichtsordnung für das Hofgericht zu Marburg [2]) eine Prozeßordnung zu projectiren. Dieses Project wurde von der Regierung zu Gießen am 1. Juli 1718 mit einem Gutachten begleitet, eingeschickt. In diesem Concepte war der §. 1. Tit. 11. Th. 3. folgender Maßen gefaßt:

„Wir wollen gnädigst erlauben, daß die Partheyen, so sich durch eine Sentenz gravirt befinden, wann es eine definitiva, oder interlocutoria vim definitivae habens ist*), so fort bei der Publikation mündlich (denn wäre es eine interlocutoria simplex**), so lassen wir es bei derer gemeinen Rechten Disposition, daß die Provocation davon in scriptis, geschehen solle, bewenden.) an Unser Fürstl. Oberappellationsgericht provociren möge, u. s. w.“

Die Regierung zu Darmstadt bemerkte in dem über jenen Entwurf abgegebenen Gutachten vom 2. September 1719 wörtlich Folgendes:

---

1) Vergl. Boehmer J. E. P. II. 28. §. 9. a. Ende.

2) Fürstlich Hessische erneuerte und verbesserte Marpurgische Samthofgerichtsordnung, von den Landgrafen Ludwig und Carl, vom 5. Mai 1673.

*) „über die übrige, iure vel praxi pro re nata obtinirende modos appellandi per schedulam vel coram Notario et testibus, auch“

**) „die doch damnum irreparibile nach sich führt, und eatenus mera, wovon gar keine Appellation statt haben soll, opponiret wird“

„Post verba; bey der Publikation mündlich: könnte beigefügt werden, „„oder *intra decendium per schedulam*, oder auch wann zumahlen die Parthien abwesend sind *coram Notario et testibus*““; wie solches ohne das denen gemeinen Rechten gemäß, auch manchmal bei Anhörung der Urtheile nicht sogleich die Resolution gefaßt werden kann, ob man die Sentenz acceptiren, oder davon appelliren will“.

„Et eodem post verba; daß die Provocation davon; wäre zu setzen: „„nicht admittiret, oder allenfalls, wann es eine *interlocutoria mixta*, mithin in Rechten gegründete Ursachen vorhanden wäre, selbige rc.““ dann es ist sowohl in gemeinen Rechten als auch im Recess. imperii nov. §. 58. in verbis insofern von einer Beyurtheil, die nicht kraft einer Endurtheil hat, appellirt worden wäre, ausdrücklich versehen, daß in schlechten Beyurtheilen keine Appellation statt haben soll. Vid. Lauterbach Colleg. pract. ad Lib. ff. 49. tit. 5. §. 2.“

In den übrigen Gutachten kommt der Punkt nun nicht wieder zur Sprache; es wurde aber durch das Geheimerathscollegium der Entwurf dahin abgeändert, daß hinter die Worte „habens ist“ und „simplex“ die in den Noten *) und **) angegebenen Sätze nachgetragen wurden, die übrige Fassung des Paragraghen in der hier in Frage stehenden Stelle aber ganz unverändert blieb. In die endliche Redaktion ging nur der §. 1. Tit. 11. Th. 3. wörtlich, wie er im ersten Entwurfe enthalten war, mit den Zusätzen in den Noten *) u. **) über, und auch in dieser Redaction wurde der Satz: „dann wäre es“ bis „bewenden“ mit dem unter Note **) bemerkten Zusatze, in eine Parenthese, wie in dem ursprünglichen Concepte eingeschlossen, dann aber wurde dieser, in der Parenthese enthaltene Satz durchstrichen, und hinter die Worte „oder interlocutoria vim definitivae habens“ der Satz eingeschoben: „oder diese ein damnum irreparabile

nach sich ziehen thäte"; und so gefaßt, wurde der Paragraph promuligirt.

Es bedarf kaum bemerkt zu werden, daß die Disposition des Paragraphen klarer gewesen wäre, wenn man ihn nach dem Vorschlage der Regierung zu Darmstadt redigirt hätte, weil derselbe alsdann den gemeinrechtlichen Grundsatz über die Appellation derjenigen Beiurtheile, welche nicht gleiche Kraft der Endurtheile haben, sehr bestimmt ausdrückte; aber wahrscheinlich hat die Redaction den im ersten Projecte im Paragraphen gestandenen und durch den Zusatz unter Note **) näher bestimmten Satz später deßhalb gestrichen, weil derselbe, so richtig er im Raysenschen Project auch abgefaßt worden war, durch den später zugefügten Zusatz offenbar einen Widerspruch enthielt, indem nun in der ersten Hälfte dieses Satzes gesagt wurde: „eine interlocutoria simplex, die doch damnum irreparabile nach sich führe, sey eatenus mera, wovon gar keine Appellation statt finden solle"; und im Nachsatze wurde im Widerspruche damit gesagt: „wenn aber gegen eine solche interlocutoria Appellation opponiret würde, so lasse man es bei der gemeinen Rechten Disposition, daß davon die Provocation in scriptis geschehen solle, verbleiben". Denn, wenn gegen eine so qualifizirte Interlocutoria, wie sie der erste Satz beschreibt, keine Appellation statt finden sollte, wie konnte man alsdann noch sagen, sie sollte nach Vorschrift der gemeinen Rechte in scriptis geschehen? Hieß das nicht in ein und demselben Satze sagen: Appellation soll gegen ein Interlocut nicht statt finden, aber sie findet dennoch statt!

Die Veranlassung zu dieser verworrenen Redaction lag wahrscheinlich in der Darstellung dieser Lehre bei Lauterbach, welchen die Regierung zu Darmstadt als ihren Gewährsmann anführte, und den man bei der ersten Abänderung des Projects mag benutzt haben.

Lauterbach lehrt nämlich: man könne von Sententiis iudicialibus, sie mögten definitivae atque validae oder interlocutoriae, gravamen irreparabile habentes seyn, appelliren, wofern die Appellation nicht speziell ausgeschlossen sey. In Bezug auf Interlocutorien bemerkte er insbesondere: regulariter enim de iure civili appellatio ab interlocutoria non indulgetur. Ratio est, quia gravamen illatum per subsequentem definitivam tolli potest" [1]). Sodann fährt er fort [2]): „Sententiae interlocutoriae, continentes gravamen irreparabile, i. e. quod per appellationem a Definitiva reparari nequit"; — Nach der Verbindung, in welcher dieser Anfangssatz des §. 2. bei Lauterbach mit dem §. 1. steht, wird dabei vorausgesetzt, daß gegen solche Interlocutorien appellirt werden könne; daher erklärt sich der Nachsatz: „nisi in specie quaedam excip." — Er fügt sodann hinzu: Interlocutoria dividitur in *Simplicem*, quae sc. causam principalem neque per directum, neque per indirectum decisive respicit, neque iudicis officium finit, neque spem futurae sententiae tollit, nec est de dando vel faciendo. — et *Mixtam*, quae *vel* continet tale gravamen, quod semel illatum per sententiam definitivam reparari nequit . . . . *vel* vim definitivae habet, quae quidem causam principalem integre non determinat, per indirectum tamen tangit, et definit articulum ad Definitivam spectantem, vel praeiudicium inferentem". Aus der Definition, oder vielmehr aus der Beschreibung Lauterbach's von einer interlocutoria *simplex*, muß man an diesem Orte folgern: daß er dagegen Appellation für unzuläßig, und solche blos bei der interlocutoria mixta für zuläßig hielt, zumal da er unter dieser auch wirklich die beiden Fälle begriff, in denen gemeinrechtlich Appellation gegen Interlocute allein gestattet ist. Und so

---

1) Lauterbach colleg. theoret. pract. Lib. 49. Tit. 5. §. 1.

2) Lauterbach l. c. §. 2.

hatte auch das oben erwähnte Darmstädter Regierungsgutachten diesen Schriftsteller verstanden. Allein das war Lauterbach's Ansicht nicht, denn an einem andern Orte lehrt er, daß man auch von einer Interlocutoria simplex appelliren könne, wofern diese nur ein gravamen irreparabile enthalte, in welchem Falle aber die Appellation schriftlich interponirt werden müsse [1]), und sonach erklärt er hier eine interlocutoria für simplex, die er nach der obigen Darstellung als mixta betrachtete.

Bei so verworrener und unrichtiger Darstellung des Gewährsmanns konnte die Redaction unmöglich ohne ein verwirrendes Resultat ausfallen.

Bei näherer Prüfung mag man wohl diese Unrichtigkeiten gefühlt haben, weshalb man in der Redaction, welche demnächst sanctionirt und promulgirt wurde, hinter die Worte: „oder interlocutoria vim definitivae habens ist" noch den Satz einschob: „oder diese ein damnum irreparabile nach sich ziehen thät" wodurch in der That mit wenigeren Worten, und durch eine veränderte Construction des Satzes, alles dasjenige gesagt war, was das Raysensche Project durch den in Parenthese gestellten Satz verordnet, und die Regierung in Darmstadt durch den in Antrag gebrachten Zusatz bestimmter ausgedrückt wissen wollte.

Erwägt man nun, daß bis zum Jahre 1724 die gemeinrechtliche Theorie über die Appellation von Interlocuten unbestritten in Uebung war; daß der Verfasser des Concepts der P. O. von 1724 angewiesen wurde, die Marburger Samthofgerichtsordnung zum Muster zu nehmen, daß in dieser aber auch für unsern Gegenstand die gemeinrechtliche Theorie aufgenommen war, indem es in derselben Titel. 8. §. 8. heißt:

---

1) Lauterbach l. c. Tit. 4. §. 2. 3. — Zum Theile noch andere Begriffe hat derselbe Lauterbach Lib. 42. Tit. 1. §. 4. 5.

„Aber Appellationes, so von Bescheid, Bey-Urtheilen oder Beschwerungen an unser Hofgericht geschehen, die sollen an Unserem Hofgerichte nicht angenommen werden, es wäre denn, daß solche Bescheide, Bey-Urtheil oder Beschwerung vim sententiae definitivae, oder damnum irreparabile auf sich hätten, oder sonsten anderer Ursachen halben, so die gemeine beschriebene Rechte zu appelliren zugeben";

daß endlich in sämmtlichen Verhandlungen über die P. O. v. 1724 davon ausgegangen ist, rücksichtlich der Appellation von Beiurtheilen, nichts dem gemeinen Rechte Derogirendes, aufzustellen, dieses vielmehr, da es bei den Gerichten in Uebung war, bestehen zu lassen, so kann es keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß durch die betreffende Stelle der P. O. v. 1724. die gemeinrechtliche Theorie von der Appellation solcher Beiurtheile, welche zwar nicht die Kraft von Endurtheilen haben, die aber doch eine Beschwerde zufügen, welche bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile nicht mehr gehoben werden kann (gravamen irreparabile), ausdrücklich bestätigt habe.

Selbst ohne diese historische Ausführung würde man aus der P. O. von 1724 das Resultat ableiten können, daß die Hessischen Gerichte der Strenge nach die gemeinrechtliche Theorie über Appellationen von Beiurtheilen und außergerichtliche Appellationen [1]) in ihrem ganzen Umfange befolgen könnten und sollten. Die Gründe für diese Ansicht wären, daß die G. O. von 1724 ausdrücklich die für Interlocute, welche nicht vim definitivae haben, aber doch ein damnum irreparabile nach sich ziehen, in iure vel praxi bestehenden Rechtsmittel für zuläßig erklärt hat, diese Rechtsmittel aber, insofern sie in iure bestehen, keine andere, als die gemeinrechtliche Appellation gegen Beiurtheile, seyn können, da sich

---

1) Die, wie sich aus der vorhergehenden Abhandlung ergiebt, durchaus mit Appellationen von Beiurtheilen nicht verwechselt werden dürfen.

particularrechtlich dafür auch kein anderes Rechtsmittel ausgebildet hatte. Mit dem gemeinrechtlichen Rechtsmittel muß man aber auch die darüber gemeinrechtlich geltenden prozessualischen Grundsätze, sofern diese zur particularrechtlichen Gesetzgebung passen, zur Anwendung bringen, weil darauf nicht blos einstens ein reichsgesetzlicher Grundsatz führte [1]), und dafür die subsidiarische Anwendung des gemeinen Prozeßrechts in den zwei ältern Provinzen des Großherzogthums spricht, sondern auch, weil es keinen vernünftigen Sinn hätte, ein Rechtsmittel ohne die darüber geltenden Grundsätze, so weit sie nicht ausdrücklich aufgehoben oder abgeändert sind, für anwendbar zu erklären. Zwar heißt es in der P. O. von 1724. Th. 2. Tit. 11. §. 1., daß bei der Appellation gegen Interlocute, welche nicht vim definitivae haben, aber doch ein damnum irreparabile nach sich ziehen, auch sofort bei der Publikation mündlich an das Oberappellationsgericht provocirt werden möge; allein diese Zuläßigkeit mündlicher Interposition des Rechtsmittels kann sich nur auf die Fälle beziehen, in welchen es dem Zwecke der Appellation nach durchaus gleichgültig ist, ob die Interposition mündlich oder schriftlich geschieht, nicht aber auf diejenigen Fälle, in welchen das Rechtsmittel selbst durch eine mündliche Interposition seine Bedeutung verlieren würde. Dieses dürfte auch aus der Fassung des Gesetzes folgern, denn wenn es darin heißt: „neben den übrigen (über die übrige) in iure vel praxi pro re nata oblinirende modos appellandi per schedulam, sey es erlaubt, auch sofort bei der Publikation mündlich zu provociren"; so kann sich diese Erlaubniß zur mündlichen Provocation nur auf die Fälle beziehen, in welchen der Natur des Rechtsmittels gemäß nicht nothwendig per schedulam provocirt werden mußte.

Auch daraus, daß von der Appellation gegen Beiurtheile ohne Kraft der Endurtheile, die aber doch ein dam-

1) Linde, Lehrb. des Civilproz. Aufl. 3. §. 17.

num irreparabile nach sich ziehen, nur bei Interlocuten der Mittelgerichte geredet wird, wird man nicht folgern können, daß das Rechtsmittel gegen gleiche Interlocute der Untergerichte nicht statthaft sey, weil es wohl keines Beweises bedarf, daß jede Rechtshülfe, die gegen eine Verfügung eines Mittelgerichts für zuläßig und nothwendig geachtet wird, um so mehr gegen eine gleiche Verfügung der Untergerichte nothwendig ist [1]).

Hiernach dürfte im Großherzogthum Hessen für die Provinzen, in welchen die P. O. von 1724 gilt, ein wohlthätiges System über die Zwischenappellationen sich bald in die Anwendung über führen lassen, wenn das Oberappellationsgericht sich in einem Gemeinebescheide bestimmt darüber ausspreche, welche Interlocute als vim definitivae habentes anzusehen seyn, bei welchen das Verfahren wie bei Appellationen gegen Endurtheile einzuhalten wäre; und welche Interlocute als, zwar nicht vim definitivae habentes, aber doch als ein damnum irreparabile nach sich ziehend zu betrachten seyn, und für diese wäre strenge darauf zu halten, daß dabei nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen über Appellation von solchen Beiurtheilen verfahren würde [2]).

Je leichter die höhern Gerichte in der Aufhebung der, durch Interlocute zugefügten Beschwerden bei Gelegenheit der Appellation von dem Endurtheile oder diesem an Kraft gleicher Beiurtheile sind, desto weniger bleiben Fälle übrig, in welchen das gravamen als irreparabile zu betrachten ist.

---

1) Die Hess. P. O. v. 1724. scheint indessen den Fall haben vermeizu wollen, daß bei Untergerichten simple Interlocute vorkämen, die zur Appellation nöthigen. S. Th. 1. Tit. 2. §. 1. Tit. 5. §. 1.

1) Die Befugniß, diese so sehr controvers gewordene Lehre, durch einen Gemeine=Bescheid, der die Mittel= und Untergerichte verbinden würde, zu ordnen, kann nach der Oberappellationsgerichtsordnung v. J. 1777. Tit. 5. §. 13. nicht bezweifelt werden.

XI.

Rechtsverhältnisse in Beziehung auf fremde Thiere.

Von dem
Herrn Professor Dr. Gesterding zu Greifswald.

I. Ueber den Ersatz des Schadens, welchen fremde Thiere stiften.

§. 1.

Allgemeine Betrachtungen.

Vor allen Dingen, ehe wir erforschen, was in gewissen Fällen den gegebenen Gesetzen gemäß sei, ist es der natürlichen Ordnung angemessen, wenn es irgend zweifelhaft seyn kann, zu untersuchen, was ohne sie Rechtens sein würde. Mehr, als alles Andre, hilft dieses uns oftmals, den wahren Sinn der gegebenen Gesetze kennen zu lernen, indem es uns auf dieselben Ideen führt, von welchen diejenigen, welche diese Gesetze gaben, ausgingen; denn, wer weiß es nicht, wie das positive Recht sich meistens begnügt, die Vorschriften des natürlichen zu wiederholen; und wo dieses auch nicht ist, da stellt es uns wenigstens gleich Anfangs auf den höchsten Standpunkt, von welchem wir einen Blick auf die Gegend umher werfen und erkennen können, ob die gegebenen Gesetze mit den Gesetzen der Natur übereinstimmen, oder davon abweichen, ob sie Lücken übrig gelassen haben, ob und was an

ihnen auszusetzen sei; während wir bei einem entgegengesetzten Verfahren die Wahrheit leicht verkennen; denn, wenn wir einmal wissen, was die Gesetze, zumal diejenigen eines so angesehenen und besonders auch im Fache der Gesetzgebung so ausgezeichneten Volks, wie die Römer, verordnen, so mißtrauen wir leicht unserer eignen Einsicht, und überreden uns, das sei Naturgesetz, was blos Satzungsrecht ist; ja wir bewundern wol gar als weise und vollkommen, was wir, vom Schimmer des Ansehens seiner Urheber nicht geblendet, als thöricht verspotten würden.

Aber die Fragen aus dem Naturrecht sind nicht minder, wie diejenigen aus dem positiven, bestritten, und die Entscheidung jener ist oftmals noch mehr, wie dieser, zweifelhaft.

Zu solchen zweifelhaften Fragen gehört unter andern, ob der Eigenthümer verbunden sei, den Schaden zu ersetzen, den sein Thier gestiftet hat. Grotius verneint diese Frage, die Pufendorf bejaht. Illud quoque notandum, bemerkt Grotius, mancipium aut animal, quod damnum aut pauperiem fecit, noxae dedatur, itidem ex jure civili esse. *Nam dominus, qui in culpa non est, natura ad nihil tenetur* 1). Hingegen kann es, nach Pufendorf, keinen Zweifel leiden, daß der Eigenthümer den Schaden ersetzen müsse, den das Thier gestiftet hat. Id porro dubium non habet, quin dominus reparare debeat damna, quae a suis animalibus per suam culpam aut se instigante data sunt; aut si ex naturali et usitata ferocia animal ipsius alterum laeserit, aut per ordinarium instinctum alteri damnum dederit. Debebat enim dominus vel talia animalia non alere, vel ita eadem custodire, ne alteri damnum dare possent 2). Die spätern Rechtsgelehrten denken fast

---

1) Grotius de jure belli et pacis lib. 2. cap. 17. §. 21.

2) Puffendorf de jure naturae et gentium lib. 3. cap. 1. §. 6.

alle wie Pufendorf; doch fehlt es nicht gänzlich an solchen, die wie Grotius denken, wohin namentlich Barbeyrac gehört.

Es scheint aber allerdings die Meinung, die Pufendorf hegt, den Vorzug zu verdienen, welchen die Mehrzahl der Rechtsgelehrten ihr vor derjenigen des Grotius giebt. Wer Thiere hält, ist nach natürlichem Recht allerdings verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie stiften. Er handelt schon dadurch unerlaubt, daß er Thiere, also Geschöpfe, die sich nach Willkühr bewegen, während sie des Gebrauchs der Vernunft ermangeln, sich selbst überlassen, in die Nähe Anderer oder ihrer Sachen bringt; denn eben dadurch hat er den Schaden verursacht. Wir erkennen dies am besten bei wilden Thieren. An sich ist Niemanden verwehrt, wilde Thiere zu haben. Aber würde es wol Jemanden gut geheißen werden, wenn er sie, ungehütet und nicht außer Stand gesetzt, zu schaden, durch Städte und Länder führte? Würde nicht jeder sagen, er sei verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie gestiftet hätten? Nicht anders ist es bei zahmen Thieren. Bei diesen ist zuvörderst eine Art von Schadenstiftung eben so gewiß, wie bei wilden, nämlich, daß sie überall, wo Gelegenheit dazu ist, sich ernähren, ohne zwischen dem eigenen Futter ihres Herrn und fremdem zu unterscheiden. Andere Arten von Schadenstiftungen sind zwar bei ihnen nicht so leicht zu besorgen, aber doch, nach den Umständen, mehr oder weniger leicht möglich, und wenn man sie ungefesselt und ohne Aufsicht gehen läßt, rührt es daher, weil man ihnen, wegen ihrer Schwäche oder sanftmüthigen Art nicht zutraut, daß sie Schaden stiften werden, und der Eigenthümer unterläßt jenes auf seine Gefahr. Er ist verbunden, den Schaden zu ersetzen, den sie, sich selbst überlassen, stiften. Er hat die Verbindlichkeit dazu übernommen, indem er die Thiere in unsre oder in die Nähe unsers Grundstücks führte, ohne zugleich Anstalten zu treffen, uns gegen

Schaden von ihrer Seite sicher zu stellen. Selbst, wenn er dergleichen Anstalten getroffen hat, wenn er z. B. seine Thiere hüten läßt, wird er verantwortlich sein, wenn sie Schaden stiften; man wird ihm dann immer den Vorwurf machen können, er habe sie noch nicht sorgfältig genug gehütet. Gesetzt Jemand hätte in der Nähe unsers Gebäudes ein Feuer erregt, und die Flammen, sich selbst überlassen, hätten sich nach unserm Gebäude hin verbreitet, und es ganz oder zum Theil zerstört, wer würde wol den Anstifter des Feuers von Schuld und von der Verbindlichkeit freisprechen, den Schaden zu ersetzen? Dieselben Gründe, welche ihn verbindlich machen, treten auch hier ein. Auch hier hat der Eigenthümer Gefahr und Schaden herbeigeführt, und muß für die Folgen seiner Handlung aufkommen.

§. 2.

Die Gesetze der Alten, namentlich der Römer, über Ersatz des durch Thiere gestifteten Schadens.

Die aus dem Alterthume übrig gebliebenen Gesetze über den Ersatz des Schadens, den fremde Thiere gestiftet haben, sind, wie gewöhnlich, nichts, als die ersten unvollkommenen Versuche, über diesen Punkt zu einem rechtlichen Zustande zu gelangen, von denen der älteste sich den Grundsätzen der Gerechtigkeit am meisten genähert hat. So sieht man, daß nach mosaischem Recht der Eigenthümer des Thieres nur dann als schuldig zur Strafe oder Schadenersatz angesehen wird, wenn der Ochse — von diesem ist überhaupt nur die Rede, nicht von andern Thierarten — stößig gewesen, er dies gewußt, und ihn, nach Luther's Uebersetzung, nicht verwahrt hat [1]. Dagegen steht Solon mit seiner Weisheit sehr im Schatten. Von Solon erzählt in dessen Leben Plutarch: Er habe ein Gesetz gegeben, wonach ein Hund, der einen Menschen gebissen, demselben an einer vier Ellen langen Kette

1) Exodus 21. v. 28 et seq.

übergeben werden mußte [1]). Die Gesetze der XII Tafeln enthielten zweierlei; einmal, daß wenn ein vernunftloses Thier aus Wildheit, Muthwillen, oder Scheuheit, geschadet habe, der Eigenthümer eben so auf Schadenersatz belangt werden könne, als der Herr aus dem Verbrechen des Sklaven — noxalis actio lege XII Tabularum prodita est — daß also der Schaden zu ersetzen oder das Thier dem Beschädigten zum Schadenersatz hinzugeben sei; zweitens, daß der Eigenthümer den Schaden ersetzen müsse, den das Thier durch Abweiden gestiftet hat [2]). Das Edikt des Prätors gab den römischen Rechtsgelehrten Gelegenheit, die Sache etwas weiter auseinander zu setzen, aus den Worten des Gesetzes Schlüsse abzuleiten, die Fälle anzugeben, die unter dem Gesetz begriffen sind, und diejenigen, die davon auszunehmen sind; doch hat die Gesetzgebung nichts neues hinzugefügt, überhaupt nichts verändert, sondern im Grunde ist alles geblieben, wie es ursprünglich war. Man begnügte sich mit dem, was die XII Tafeln angeordnet und die römischen Rechtsgelehrten entwickelt hatten. Nur einer Polizeiverordnung der Aedilen ist noch zu erwähnen, wonach Niemand an öffentlichen Plätzen oder Straßen (qua vulgo iter fit) wilde Thiere und andere Thiere, welche Schaden stiften können, dergestalt haben solle, daß sie einen Menschen beschädigen, oder sonstigen Schaden stiften können. Ueberhaupt ist die Gesetzgebung über diese Materie nur dürftig. Ein kurzer Titel der Pandekten, groß genug, wenn er statt einzelne Fälle berührender Bruchstücke, allgemeine Grundsätze enthielte, und ein noch kürzerer in den Institutionen ist nebst

1) Die eignen Worte des Gesetzes finden sich bei Plato lib. II. de legibus und lauten folgender Maßen: *καὶ ἔαν ὑποζύγιον, ἢ ἵπποϛ, ἢ κύων, ἢ τι τῶν ἄλλων θρεμμάτων σίνηταί τι τῶν πέλας, κατὰ ταῦτα ἐκτίνειν τὴν βλάβην.*

2) L. 1. pr. D. Si quadrupes pauper. fecisse dicatur. — pr. J. eod. L. 14. §. 3. D. de praescript. verb.

einigen wenigen zerstreuten Stellen in den Pandekten und im Codex alles, was das römische Recht uns darbietet.

§. 3.

Nähere Entwickelung der Grundsätze des römischen Rechts über Ersatz des durch fremde Thiere gestifteten Schadens.

Das Halten von Thieren ist im Allgemeinen nicht verboten. Selbst wilde Thiere darf man halten, und sogar an öffentlichen Plätzen und Straßen, nur das ist, wie wir eben gehört haben, nicht erlaubt, sie daselbst in der Art zu haben, daß sie Schaden stiften können. Besonders hat es die römische Gesetzgebung mit Hausthieren zu thun, diesen nützlichen Geschöpfen, die dem Menschen so wichtig, ja unentbehrlich sind, die ihn mit ihrem Leibe, ihrer Milch ernähren, ihn bekleiden, für ihn arbeiten, seine Lasten tragen u. s. w. Von diesen Thieren redeten die Gesetze der XII Tafeln, und zwar nur von vierfüßigen; denn die zweifüßigen sind minder wichtig und pflegen wenigstens nicht leicht zu schaden [1]). Selbst in den Ueberschriften der hieher gehörigen Titel der Pandekten und Institutionen ist nur von vierfüßigen Thieren die Rede. Indessen ist gegenwärtig zwischen beiden kein Unterschied. Es findet nämlich, wenn zahme Thiere anderer Art geschadet haben, eine actio de pauperie utilis Statt [2]).

Aber nirgends haben die römischen Gesetze den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß, wenn Thiere Schaden stiften, die Handlung des Thiers [3]) dem Herrn zur Schuld anzurechnen, und er verbunden sei, den Schaden zu ersetzen, weil er ihn hätte verhüten können. Vielmehr sind die Grundsätze des römischen Rechts dieser Ansicht gerade entgegen. Nachdem

---

1) Vinnius ad princ. J. h. t.

2) L. 4. D. h. t.

3) Der Ausdruck Handlung paßt zwar nicht auf die Thätigkeit des Thiers, man muß ihn aber schon aus Noth gebrauchen, weil kein anderer mit gleicher Kraft zu haben ist.

ich, nach meiner Gewohnheit, die römischen Gesetze mehr, als die Schriften ihrer Ausleger, gelesen und wiedergelesen, scheint es mir, es komme, nach der Ansicht des römischen Rechts, bei Thieren auf ähnliche Art, wie bei Menschen, darauf an, ob dem Thiere Schuld beigemessen werden könne, und unter dieser Voraussetzung sei zunächst dem Thiere selbst die Handlung auf die Rechnung zu setzen; der Eigenthümer des verschuldeten oder als verschuldet anzusehenden Thiers hafte nur, weil er der Eigenthümer ist.

Zuvörderst ist zu bemerken, die actio de pauperie findet Statt nach römischem Recht, wenn ein bösartiges Thier geschadet hat, z. B. ein Pferd, was hinten auszuschlagen pflegt (equus calcitrosus) hat hinten ausgeschlagen, ein stößiger Ochse (bos cornu petere solitus) hat Jemanden gestoßen, oder ein unbändiges Maulthier (propter nimiam ferociam) Jemanden beschädigt [1]). Es scheint hiernach, daß eine Fehlerhaftigkeit des Thiers vorausgesetzt wird [2]). Zugleich scheint sich der Grund zu enthüllen, weshalb der Herr des Thiers zum Schadenersatz verbunden ist. Man mögte näm-

1) L. 1. §. 4. D. h. t.

2) L. 43. pr. D. de aed. Edicto. Bovem, qui cornu petit, vitiosum esse plerique dicunt: item mulas, quae cessum dant: ea quoque jumenta, quae sine causa turbantur, et semet ipsa eripiunt, vitiosa esse dicuntur. Das cessum dant ist die Lesart der Florentina. Haloander liest cessim oder cessum eunt, welches rückwärts gehen bedeutet. Westphal vom Kauf §. 377. billigt diese Lesart. Die Vulgata quae pessum dant. Ohne Zweifel ist die Lesart der Florentina jenen andern vorzuziehen. Maulthiere mit dem Fehler, nach Art der Krebse rückwärts zu gehen, kommen in der Natur nicht vor, und eben so wenig solche, welche zu Grunde gehen. Wol aber wird es Maulthiere geben, die gleich stetischen Pferden, nicht vorwärts gehen wollen, sondern aus hohem Grad von Scheuheit zurückweichen, wenn sie angetrieben werden, und solche werden hier gemeint sein.

lich glauben, es werde ihm zur Schuld angerechnet, wenn er bösartige Thiere hält, und sie nicht hindert, andern zu schaden. Allein, die Sache verhält sich anders. Nicht blos, wenn ein bösartiges Thier geschadet hat, sondern überhaupt, wenn ein Thier einen Fehler beging, findet die **actio de pauperie** Statt.

So lehrt Justinian in den Institutionen: **Animalium nomine, quae ratione carent, si qua** ***lascivia*** **aut** ***pavore,*** **aut** ***feritate*** **pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII Tab. prodita est.** Hier ist also nicht gerade die Rede von der fehlerhaften Beschaffenheit des Thiers, sondern es werden blos die nächsten Ursachen der Schadenstiftung angegeben, nämlich *lascivia, pavor, feritas.* Man könnte zwar sagen, es lasse alles dieses auf fehlerhafte Beschaffenheit des Thiers zurückschließen; indessen kann auch ein Thier, was sonst einen gewissen Fehler nicht an sich hat, wol einmal einen Fehler dieser Art begehen; namentlich kann ein sonst nicht scheues Thier wol einmal in Schrecken gesetzt werden; nur das *sine causa turbari* wird zu den Fehlern, und zwar nur bei Lastthieren, gerechnet [1]). Auf allen Fall wird hier darauf keine Rücksicht genommen, ob das Thier, welches den Fehler beging, diesen Fehler an sich hatte oder nicht. Nicht die fehlerhafte Gewohnheit des Thiers kömmt in Betrachtung, sondern der im einzelnen Fall begangene Fehltritt, und wenn bösartiger Thiere erwähnt wird, geschieht es nur, weil dergleichen Thiere es gewöhnlich sind, welche durch ihre Unarten Schaden anrichten. Der Grund der Verbindlichkeit ist doch immer die einzelne Handlung des Thiers, oder, wie es vor den Beispielen von bösartigen Thieren gestifteten Schadens im Allgemeinen heißt: **cum commota feritate nocuit quadrupes** [2]).

---

1) **L. 43. pr. D. de aed. Edicto.**

2) **L. 1. §. 4. D. h. t.**

Ueberhaupt walten in dieser Materie, wenn ich so sagen darf, die Anthropomorphismen, die man gewöhnlich auf die Gottheit anwendet, diesmal aber in einer entgegengesetzten Richtung angewandt findet; es ist hier von Thieren, wie von Menschen, die Rede; man hat den Begriff einer unerlaubten Handlung, der nur unter vernünftigen Wesen Gültigkeit hat, welche Recht von Unrecht unterscheiden können, auf die Thierwelt übertragen. Man wird die wahre Meinung des römischen Rechts nicht verfehlen, wenn man annimmt, der Herr des Thiers sei für den Schaden verantwortlich, den das Thier gestiftet hat, wenn dieser Schade dadurch entstanden ist, daß jenes Thier gefehlt hat, wenn man sich die Sache so vorstellen kann — etwa, indem man dem Thier beilegt, was es nicht hat, nämlich Verstand — daß man sagt, es hafte Schuld an dem Thiere. Da das Thier selbst den Schaden nicht ersetzen kann, so ist der Herr dafür auf ähnliche Art, wie für die Vergehungen des Sklaven, verantwortlich.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, bemerkt Ulpian[1]), actio ex lege XII Tabularum descendit: quae lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id est, id animal, quod noxiam commisit; aut aestimationem noxiae* offerre. Hier sind, wie es scheint, die eignen Worte des Gesetzes beibehalten; das *nocere* wird durch *noxiam committere* erklärt und auf diesen Ausdruck hernach weiter fort gebaut. *Noxia autem*, bemerkt Ulpian weiter, *est ipsum delictum*. Eben so bemerkt Gajus[2]): *Noxiae appellatione omne delictum continetur*. Und Justinian in den Institutionen[3]): Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est servus; *noxia ipsum maleficium*, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.

1) L. 1. pr. D. h. t.

2) L. 238. §. 3. D. de verb. sign.

3) §. 1. J. de nox. act.

lich glauben, es werde ihm zur Schuld angerechnet, wenn er bösartige Thiere hält, und sie nicht hindert, andern zu schaden. Allein, die Sache verhält sich anders. Nicht blos, wenn ein bösartiges Thier geschadet hat, sondern überhaupt, wenn ein Thier einen Fehler beging, findet die actio de pauperie Statt.

So lehrt Justinian in den Institutionen: Animalium nomine, quae ratione carent, si qua *lascivia* aut *pavore*, aut *feritate* pauperiem fecerint, noxalis actio lege XII Tab. prodita est. Hier ist also nicht gerade die Rede von der fehlerhaften Beschaffenheit des Thiers, sondern es werden blos die nächsten Ursachen der Schadenstiftung angegeben, nämlich *lascivia*, *pavor*, *feritas*. Man könnte zwar sagen, es lasse alles dieses auf fehlerhafte Beschaffenheit des Thiers zurückschließen; indessen kann auch ein Thier, was sonst einen gewissen Fehler nicht an sich hat, wol einmal einen Fehler dieser Art begehen; namentlich kann ein sonst nicht scheues Thier wol einmal in Schrecken gesetzt werden; nur das *sine causa turbari* wird zu den Fehlern, und zwar nur bei Lastthieren, gerechnet [1]. Auf allen Fall wird hier darauf keine Rücksicht genommen, ob das Thier, welches den Fehler beging, diesen Fehler an sich hatte oder nicht. Nicht die fehlerhafte Gewohnheit des Thiers kömmt in Betrachtung, sondern der im einzelnen Fall begangene Fehltritt, und wenn bösartiger Thiere erwähnt wird, geschieht es nur, weil dergleichen Thiere es gewöhnlich sind, welche durch ihre Unarten Schaden anrichten. Der Grund der Verbindlichkeit ist doch immer die einzelne Handlung des Thiers, oder, wie es vor den Beispielen von bösartigen Thieren gestifteten Schadens im Allgemeinen heißt: cum commota feritate nocuit quadrupes [2].

---

1) L. 43. pr. D. de aed. Edicto.

2) L. 1. §. 4. D. h. t.

Ueberhaupt walten in dieser Materie, wenn ich so sagen darf, die Anthropomorphismen, die man gewöhnlich auf die Gottheit anwendet, diesmal aber in einer entgegengesetzten Richtung angewandt findet; es ist hier von Thieren, wie von Menschen, die Rede; man hat den Begriff einer unerlaubten Handlung, der nur unter vernünftigen Wesen Gültigkeit hat, welche Recht von Unrecht unterscheiden können, auf die Thierwelt übertragen. Man wird die wahre Meinung des römischen Rechts nicht verfehlen, wenn man annimmt, der Herr des Thiers sei für den Schaden verantwortlich, den das Thier gestiftet hat, wenn dieser Schade dadurch entstanden ist, daß jenes Thier gefehlt hat, wenn man sich die Sache so vorstellen kann — etwa, indem man dem Thier beilegt, was es nicht hat, nämlich Verstand — daß man sagt, es hafte Schuld an dem Thiere. Da das Thier selbst den Schaden nicht ersetzen kann, so ist der Herr dafür auf ähnliche Art, wie für die Vergehungen des Sklaven, verantwortlich.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, bemerkt Ulpian[1]), actio ex lege XII Tabularum descendit: quae lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id est, id animal, quod noxiam commisit; aut aestimationem noxiae* offerre. Hier sind, wie es scheint, die eignen Worte des Gesetzes beibehalten; das *nocere* wird durch *noxiam committere* erklärt und auf diesen Ausdruck hernach weiter fort gebaut. *Noxia autem*, bemerkt Ulpian weiter, *est ipsum delictum.* Eben so bemerkt Gajus[2]): *Noxiae appellatione omne delictum continetur.* Und Justinian in den Institutionen[3]): Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est servus; *noxia ipsum maleficium,* veluti furtum, rapina, damnum, injuria.

---

1) L. 1. pr. D. h. t.

2) L. 238. §. 3. D. de verb. sign.

3) §. 1. J. de nox. act.

Man könnte zwar sagen, der nach den Worten des Gesetzes, *dari id, quod nocuit*, folgende erklärende Zusatz: *id est, id animal, quod noxiam commisit*, sei ursprünglich nicht vorhanden gewesen, sondern erst später eingeschoben; dieses ist um so mehr wahrscheinlich, weil es zu der Würde eines Gesetzgebers und besonders zu der Einfachheit jener alten Zeit nicht sonderlich zu passen scheint, wenn demjenigen, was das Gesetz verordnet, erklärende Sprachbemerkungen hinzugefügt werden, auch das Wort *noxia* gleich hinterher in einem andern Sinn gebraucht wird, nämlich für den gestifteten Schaden, so daß man also annehmen müßte, wenn jener Zwischensatz die eigenen Worte des Gesetzes enthielten, in demselben Gesetze, ja in derselben Zeile sei dasselbe Wort bald in dem einen, bald in dem andern Sinn gebraucht: nämlich zuerst für die bewirkende Ursache und gleich hinterher für die Wirkung; wozu noch kommt, daß, nach einer Bemerkung des Festus, die alte Zeit den Ausdruck *noxia* nur für Schaden, also nur in der letztern Bedeutung, gebrauchte [1]. Allein es konnte auch schon an dem Wort *nocere* genug sein, welches, wenn auch nur von Ulpian, durch *noxiam committere* erklärt wird. Wir sehen wenigstens so viel, daß die römischen Rechtsgelehrten nach den Ausdrücken des Gesetzes sich für berechtigt hielten, die Sache von dieser Seite aufzufassen und der alten Zeit eine Vorstellung beizulegen, die dieser alten Zeit angemessen war. Es darf uns auch nicht irre machen, daß gleich hinterher gesagt wird, ein unvernünftiges Thier könne kein Unrecht begehen [2]; denn diese Betrachtung gehört einer spätern Zeit an, und wird hier blos gemacht, um den Ge-

---

1) Noxa ponitur pro peccato aut pro peccati poena, quum lex jubet, noxae dedere pro peccato. Noxia apud antiquos damnum significat, sed a poëtis ponitur pro culpa.

2) L. 1. §. 3. D. h. t.

brauch des Worts: *pauperies* zu rechtfertigen; auch davon abgesehen, läßt sich dies so erklären, als wollte Ulpian sagen, ein wirkliches Unrecht könne übrigens dem Thier nicht zur Last fallen. Schon der bloße Umstand hätte hier auf die wahre Meinung des römischen Rechts führen können, daß man, wenn Thiere Schaden gestiftet haben, dieselben Rechtsgrundsätze angewandt hat, wie wenn ein Sklave ein delictum begeht; indem nämlich in jenem Fall, wie in diesem, gegen den Herrn eine actio noxalis Statt findet, damit er das, was geschadet hat, hingebe, wenn er den Schaden nicht lieber ersetzen will; woraus denn auf Gleichheit der Ursache zurückgeschlossen werden kann, nämlich, daß man die Handlung des Thiers gleichsam als ein delictum oder als eine diesem ähnliche angesehen und auf diese Vorstellung die ganze Theorie vom Ersatz des durch Thiere gestifteten Schadens gebauet habe. Und dies wird man auch überall bestätigt finden; man wird sehen, daß auf ähnliche Art, wie bei Menschen, untersucht wird, ob dem Thiere dabei etwas zur Last gelegt werden kann, daß der Schade geschehen ist. Namentlich geschieht dies in dem Fall, den Alfenus entscheidet (L. 52. D. ad legem Aquil.), da zwei von Maulthieren gezogene Wagen den Capitolinischen Hügel hinanfuhren, wovon den voranfahrenden die Treiber, um den Thieren die Last zu erleichtern, unterstützten. Er wich aber zurück, stürzte sich auf den folgenden Wagen, und so geschah es, daß ein junger Sklave von diesem übergefahren ward. Der Herr des Sklaven fragte an, gegen wen er klagen könne. Es komme auf die Umstände an, antwortete der Rechtsgelehrte: **Nam, si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint, atque onere ipso retraherentur: cum domino mularum nullam esse actionem; cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilominus eum damnum dare, qui**

quod sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret; veluti si quis asellum, cum agitasset, non retinuisset; aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum injuria daret. *Sed si mulae*, quia aliquid reformidassent, et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, *cum domino mularum esse. Quod si neque mulae, neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent, aut cum conniterentur, lapsae concidissent*, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent: neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, *quoniam non sua sponte*, sed percussae retro redissent. Sogar die Grundsätze von der Vertheidigung und Nothwehr gelten unter Thieren, und, wenn das eine Thier das andere getödtet und auf solche Art geschadet hat, so muß man sehen — so seltsam es auch klingen mag — wer zuerst angefangen hat. Ist das angreifende Thier getödtet, so findet keine Klage gegen den Herrn des angegriffenen, welches sich nur vertheidigt hat, Statt; ist aber das angegriffene im Kampf gefallen, so kann gegen den Herrn des Angreifenden, welches Schuld am Tode des andern ist, mit der actio de pauperie allerdings geklagt werden. Also lehrt Ulpian L. 1. §. 11. *D. si quadrupes pauper. fecisse dicit.* Cum arietes aut boves commisissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competeret actio. Quam ob rem eum aut sibi noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere. Hat ein Thier das andre gereizt und das gereizte hat geschadet, so fällt die Schuld auf dasjenige, welches das andere gereizt hat, und dessen Eigenthümer kann auf Schadenersatz belangt wer-

den[1]). Wenn ein beladenes Maulthier seine Last auf Jemanden abgeworfen hat, so findet die actio de pauperie nicht Statt, wenn dies wegen Ungleichheit des Bodens, oder wegen Verschuldung des Maulthiertreibers, oder weil es zu schwer beladen war, geschehen ist[2]). Sehen wir nicht, daß in allen diesen Fällen die Klage nicht Statt findet, weil das Thier nicht verschuldet, oder zu entschuldigen ist? Man muß sich vielmehr wegen der Entschädigung an denjenigen wenden, welcher Schuld daran ist, daß jenes Thier geschadet hat.

Hat ein Mensch das Thier in Thätigkeit gesetzt, z. B. Jemand hat den Hund auf den andern gehetzt, so findet abermals die actio de pauperie nicht Statt[3]), sondern der Mensch muß den Schaden ersetzen. Man könnte dies so erklären, daß jenes Thier in einem solchen Fall zwar auch verschuldet sei, dem Menschen aber, als einem vernünftigen Geschöpfe, eine größere Schuld zur Last falle. Indessen haftet der Mensch auch, wenn ihm eine ganz andere Art von Verschuldung, nämlich blos eine Unvorsichtigkeit, oder ein sonstiges Unrecht, zur Last fällt. Z. B. Jemand hat einen bösen Hund am Strick geführt und dieser sich losgerissen, dann hält der Beschädigte sich an den Führer, wenn ein Anderer ihn hätte fester halten können, oder er ihn über Oerter führte, worüber ihn zu führen er kein Recht hatte. Ueberhaupt ist anzunehmen, daß in allen Fällen, wenn ein Thier geschadet hat, und man dabei an einen Menschen kommen, einem Menschen den gestifteten Schaden zur Last legen kann, daß man dann von der Verschuldung des Thiers hinwegsieht, und blos die Schuld des Menschen in Betrachtung zieht, und sich an ihn hält.

---

1) L. 1. §. 8. D. h. t.
2) L. 1. §. 4. D. h. t.
3) L. 1. § 6. D. h. t.

§. 4. Fortsetzung.

Von dem Unterschiede zwischen Schaden contra und secundum naturam.

Ulpian giebt eine allgemeine Regel oder ein Merkmal, woran wir erkennen sollen, ob für Schaden, den ein Thier gestiftet hat, Ersatz zu leisten sei. Et generaliter, schreibt Ulpian, haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit [1]). Unsere Rechtsgelehrten beziehen diese Regel auf zahme Thiere, fügen den Worten *contra naturam* hinzu: *sui generis* — ein Zusatz und eine Erklärung, welche die Rechtswissenschaft den Glossographen verdankt — und sagen zum Theil auch wol, es sei eine Subtilität des römischen Rechts, daß nur dann eine Klage Statt finde, wenn ein dergleichen Thier mit vier Füßen und zwar contra naturam sui generis geschadet habe. Sie kehren zugleich die Regel um und lehren, wenn das Thier *secundum naturam sui generis* geschadet habe, so habe die actio de pauperie nicht Statt gefunden. Jedoch finde, lehrt Hellfeld [2]), gegenwärtig wegen eines Schadens, den ein zweifüßiges Thier gestiftet, eine actio utilis Statt, und, wenn ein Thier secundum naturam sui generis geschadet habe, so könne mit der actio de pastu oder in factum geklagt werden. Diese Klagen seien jedoch von der actio de pauperie in der Wirkung nicht verschieden. Höpfner [3]) stellt die Sache etwas anders dar. Er lehrt nämlich, mit seinen eignen Worten „die actio de pauperie directa setzt ferner voraus, daß das Thier auf eine bei dieser Thierart nicht gewöhnliche Art Schaden gestiftet habe, z. B. das Pferd hat geschlagen, der Hund hat gebissen, der Ochs gestoßen. Thut ein Thier auf eine solche Art Schaden, die bei der-

1) L. 1. §. 7. D. h. t.

2) Jurisprud. forens. §. 695.

3) Commentar über die Instit. 8te Aufl., herausgegeben v. Weber §. 1170.

gleichen Thieren gewöhnlich ist, und zwar a) durch Abweiden, Wegfressen, so hat actio de pastu oder actio in factum Statt; actio de pastu, wenn mein Thier auf ein fremdes Grundstück geht, und dort weidet; actio in factum, wenn das Thier auf seines Herrn Grund, z. B. in seiner Scheune, seinem Hofe, Sachen frißt, die mir gehören. Ist b) der Schaden nicht durch Abweiden, Wegfressen geschehen, z. B. eines andern Hund beißt mir mein Kaninchen todt, so mag wol actio de pauperie utilis Statt gefunden haben, daß mir heutiges Tags eine Klage zustehe, leidet keinen Zweifel". So weit Höpfner. — Thibaut[1]) lehrt, daß wenn ein Thier secundum naturam sui generis geschadet habe, nur dann eine Klage Statt finde, wenn es *in fundo alieno* durch Abweiden geschadet habe; in andern Fällen finde keine Klage gegen den Eigenthümer, und namentlich keine actio in factum Statt. Ihm stimmt Weber[2]) bei.

Nach meinem Ermessen verhält sich die Sache überhaupt anders, als sie von den Rechtsgelehrten dargestellt wird, und wenn gleich in dem angeführten Fall keine actio in factum gegen den Eigenthümer, als solchen, Statt findet, ist hier in der Gesetzgebung doch keine Lücke. Wäre hier seit den XII Tafeln jemals eine solche vorhanden gewesen, wie könnte es sein, daß sie im Verlauf der Zeit unausgefüllt geblieben wäre. Prätoren, römische Rechtsgelehrte, Imperatoren, Kaiser Justinian endlich, alle, die sich angelegen sein ließen, die Mängel der Gesetze zu verbessern, wie hätten sie die Gelegenheit dazu nur hier vorbeigelassen?

§. 5. Fortsetzung.

Verwerflichkeit dieses Unterschiedes bei zähmen Thieren.

Mit dem Unterschiede zwischen Schaden *contra* und *secundum naturam* bezieht es sich auf Thiere

---

1) Versuche, 2te Aufl. Th. 2. S. 185. folg.

2) Zu Höpfner's Comment. über d. Instit. §. 1170. in der Note.

überhaupt, nicht auf zahme Thiere; wenn aber dieser Unterschied auf die letztern noch besonders anzuwenden wäre, so geben die Rechtsgelehrten ihm wenigstens eine zu große Bedeutung. Wenn wilde Thiere schaden, so handeln sie, wie es ihrer wilden Natur gemäß ist; man kann ihnen daher, nach römischer Ansicht, nichts zur Last legen, und es findet gegen den Eigenthümer keine actio de pauperie Statt, oder wie es L. 1. §. 10. D. h. t. heißt: In bestiis propter naturalem feritatem, haec actio locum non habet[1]). Hingegen wenn zahme Thiere sich, wie wilde, betragen, so ist dies eine Unart, wofür auf ähnliche Art, wie wenn der Sklave ein delictum begeht, der Herr verantwortlich ist. Ulpian lehrt zwar: Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera pauperiem dedit; aber wer sagt denn, daß es mit diesem Ausspruch nur auf zahme Thiere zu beziehen sei? Fera ist hier zwar kein wildes Thier, aber eben so wenig ausschließlich ein zahmes, sondern überhaupt ein Thier. Die Beispiele sind jedoch von zahmen Thieren hergenommen, woraus nicht folgt,

1) Einige Rechtsgelehrte sagen, es finde zwar keine actio directa, wol aber utilis Statt, und berufen sich auf das, was Justinian (§. 1. J. h. t.) lehrt, es könne gegen den Eigenthümer wilder Thiere nicht blos ex edicto Aedilitio, sondern auch mit der actio de pauperie geklagt werden. Allein Justinian sagt mit keiner Sylbe, daß überhaupt, wenn ein wildes Thier geschadet habe, eine actio de pauperie gegen den Eigenthümer Statt finde; zu solcher Bemerkung war hier der Ort gar nicht, und er würde damit zugleich etwas behaupten, wovon er nur so eben das Gegentheil gelehrt hatte; sondern in Fällen, wo gegen den Eigenthümer wilder Thiere ex edicto Aedilitio geklagt werden kann, in denselben Fällen kann gegen ihn auch mit der actio de pauperie — nicht utilis, sondern — directa; es ist von der actio de pauperie schlechtweg die Rede — geklagt werden, also wenn der Eigenthümer jene wilden Thiere dort gehalten hat, ubi vulgo iter fit. Daß diese Auslegung richtig sei, ergiebt der ganze Zusammenhang der Stelle und bestätigt das Vorhergehende, nämlich das principium.

daß die Regel nur auf sie zu beziehen sei. Vielmehr bezieht es sich damit auf Thiere überhaupt und es soll hauptsächlich dadurch angedeutet werden, daß Schaden zu ersetzen sei, den zahme Thiere stiften, und derjenige nicht zu ersetzen sei, den wilde Thiere anrichten. Zur Bestätigung dessen kann besonders die Art dienen, wie Justinian in den Institutionen und Theophilus in der griechischen Paraphrasis derselben sich darüber ausdrücken. Justinian lehrt: **Haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur, locum habet. Ceterum, si genitalis sit feritas, cessat actio**[1]). Noch größere Bestätigung erhält jene Ansicht durch die Paraphrasis des Theophilus: *Χώρα δὲ ἔστι τῷ νοξαλίῳ δυωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἃ τινὰ παρὰ φύσιν ἀγριούμενα ἕτερον βλάπτουσιν· εἰ γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐστιν ἡ ἀγριότης, ἀργεῖ ὁ δυωδεκάδελτος.* Nach der Uebersetzung von Reitz: **Locus autem est noxali ex XII Tabulis in iis animalibus, quae praeter naturam efferata aliquem laedunt; nam si naturalis illis inest feritas, cessat Lex XII Tabularum.** Keine Spur davon, daß jener Unterschied auf zahme Thiere oder auf sie insonderheit zu beziehen sei. Ulpian selbst thut, bald, nachdem er jene Regel gegeben, indem er fortfährt zu reden, den Ausspruch: **In bestiis propter naturalem feritatem haec actio locum non habet**[2]). Zunächst und unmittelbar nach jener Regel handelt er freilich von zahmen Thieren; die Beispiele nämlich, die er anführt, sind, wie gesagt, von zahmen Thieren hergenommen. Aber diese Beispiele gehören nur in sofern hierher, als von gereizten Thieren die Rede ist, welche geschadet haben. Oder vielmehr sie gehören in sofern gar nicht hieher. Ulpian hat hier einen starken Mißgriff gethan; unsre guten, in diesem Fall sehr zu entschuldi-

---

1) princ. J. Si quadrupes paup. fecisse dic.

2) L. 1. §. 10. D. h. t.

genden, Rechtsgelehrten sind, durch ihn irre geleitet, auf einen Holzweg gerathen; — es ist sehr zu besorgen, daß sein Ansehn sie hindern wird, auf die rechte Straße zurückzukehren. — Wenn ein gereiztes Thier geschadet hat, so ist die actio de pauperie ausgeschlossen, nicht, weil das Thier secundum naturam geschadet hat, sondern, weil dann die Schuld auf einen Menschen fällt, auf denjenigen nämlich, der das Thier gereizt hat, und der den Schaden sich selbst zuzuschreiben hat, wenn er selbst beschädigt ist, und dafür verantwortlich ist, wenn ein Anderer den Schaden erlitten hat. Will man aber auch auf zahme Thiere den Unterschied zwischen Schaden contra und secundum naturam anwenden, so muß man die Sache anders anfangen. Man muß den Satz, daß Schaden nicht zu ersetzen sei, welchen zahme Thiere secundum naturam stiften, auf einen Schaden beschränken, welcher ungereizt gestiftet wird.

Mir scheint indessen, wenn vom Schaden die Rede ist, den ein zahmes Thier gestiftet hat, sei jene Unterscheidung ganz entbehrlich. Jeder Schade, den ein zahmes Thier (ungereizt) stiftete — oder die Handlung, welche den Schaden verursacht — ist contra naturam, ist bei dieser Thierart eine Unart, und wird als ein Ausbruch von lascivia, besonders von *feritas* dem Thiere, oder statt seiner, dem Herrn auf die Rechnung gesetzt, wie sehr die Handlung übrigens secundum naturam sein mag. Wenn ein gestreicheltes Thier hinten ausschlägt, so ist dies secundum naturam, und dennoch wird es als Unart angesehen und es kann gegen den Eigenthümer auf Schadenersatz geklagt werden [1]). Man wird sagen, ein Betragen dieser Art sei bei zahmen Thieren ungewöhnlich und deshalb dem Thier nicht zu gute zu halten. Aber wir haben gehört, daß auch für Schaden, welchen zahme Thiere *pavore* stiften, Ersatz zu leisten sei. Es ist

---

1) L. 1. §. 7. D. h. t. L. 5. D. eod.

aber etwas sehr gewöhnliches, daß zahme Thiere in Schrekken gesetzt und aufgescheucht werden. So sind z. B. alle Pferde scheu, das eine weniger, das andere mehr. Eben so soll es etwas sehr gewöhnliches sein, daß die Stute die Liebesanträge des Hengstes, wenn sie nicht darauf eingehen will, mit der Ferse zurückweist, und dennoch kann, wenn sie dadurch geschadet hat, mit der actio de pauperie geklagt werden [1]). Ueberhaupt kömmt es auf das Gewöhnliche oder Ungewöhnliche gar nicht an, sondern es ist ohne Unterschied die actio de pauperie begründet, wenn das Thier, sei es auch nur aus Schwäche, wie wenn es sich gefürchtet hat, gefehlt hat.

§. 6. Fortsetzung.

Actio de pastu.

Ich komme jetzt auf die actio de pastu. Ein einziges Bruchstück in den Pandekten erwähnt dieser Klage und auch nur gelegentlich.

L. 14. §. 3. D. Ulpianus.

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege XII Tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur; neque de pauperie, neque de damni injuria agi posse: in factum itaque erit agendum.

Wir sehen aus dieser Stelle, daß die actio de pastu demjenigen zusteht, auf dessen Grundstück ein fremdes Thier geweidet, also durch Abweiden ihm geschadet hat. Ob die Klage Statt finde, wenn das Thier von selbst auf die fremde Weide gekommen, oder, ob sie Statt finde, wenn das Thier von einem Andern dahin geführt ist, wird nicht gesagt. Allein es kann keinen Zweifel leiden, daß die

1) L. 5. D. h. t.

Klage voraussetzt, daß das Thier von selbst den Schaden angerichtet habe. Es ist hier gerade, wie bei der actio de pauperie. Nur wenn die Handlung dem Thier selbst beigemessen oder beigelegt werden kann, findet diese Klage Statt; wenn aber ein Mensch es ist, welcher das Thier handeln machte, so ist dieser verantwortlich, und der Beschädigte fordert Ersatz nicht von dem Herrn des Thiers, wenigstens nicht als solchem, sondern von dem Verschuldeten. Die Stelle selbst, wenn man sie näher betrachtet, giebt dies zu erkennen; denn, wenn Baumfrüchte auf des Nachbarn Gebiet gefallen sind, und er sein Vieh sie aufzehren macht — denn läßt würde zweideutig sein —, so findet gegen ihn eine actio in factum ex lege Aquilia, nicht aber de pauperie und nicht de pastu Statt. Ueberhaupt ist es damnum injuria datum, wenn Jemand auf eigenem oder fremdem Gebiet, Vieh mit fremdem Futter ernährt. Denn allgemein heißt es: De his, quae per injuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis [1]).

Die *actio de pastu* fand also nur Statt, wenn ein Thier auf fremdem Gebiet, welches es von selbst betreten hatte, durch Abweiden geschadet hatte. Denn ausdrücklich wird in jener Pandektenstelle gesagt, daß die actio de pastu in dem dort erwähnten Fall nicht Statt finde, weil das Thier nicht in fundo *alieno* geschadet habe. Allein ich kann mich deshalb nicht überreden, daß im entgegengesetzten Fall, nämlich, wenn ein Thier, indem es dem Naturtriebe folgte, fremdes Futter, jedoch nicht auf fremdem Gebiet, verzehrt hatte, gar keine Klage Statt gefunden haben sollte. Man rechnete dies zur *pauperies*, und ließ auch in diesem Fall actio de pauperie Statt finden, die nur dann nicht Statt fand, wenn das Thier *in fundo alieno* geweidet hatte, für welchen besondern Fall die Gesetze der XII Tafeln eine

1) L. ult. C. ad legem Aquiliam.

besondere Klage gegeben hatten. Zwar wird in jener Pandektenstelle dem Beschädigten eine actio de pauperie abgesprochen; aber diese fand hier um deswillen nicht Statt, weil ein Mensch dabei in Schuld war, daß das Thier geschadet hatte, welcher *immisso pecore* auf fremdem Gebiet den Schaden gestiftet hatte. Ich wüßte dann auch nicht, weshalb die actio de pauperie in dem angeführten Fall nicht Statt finden sollte. Man wird sagen, weil ein Thier, welches fremdes Futter verzehrt, *secundum naturam* schadet. Allein, hier muß ich darauf zurückkommen, wie der ganze Unterschied zwischen Schaden contra und secundum naturam sich hauptsächlich nur auf den Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren bezieht; auf zahme Thiere insonderheit ist er gar nicht und wenigstens nicht in der Ausdehnung, wie die Rechtsgelehrten annehmen, anwendbar. Wenn zahme Thiere fremdes, für sie nicht bestimmtes, Futter verzehren, so ist dieses, obgleich es, wie überhaupt alles Schadenstiften der Thiere, gar sehr secundum naturam ist, eine Unart, und würde, fände bei ihnen Zurechnung Statt, ein delictum sein. Man wird auch keine Stelle nachweisen können, worin das Verzehren von eßbaren Sachen, die Andern gehören, zum Schadenstiften secundum naturam gerechnet, oder, daß die actio de pauperie in einem Fall dieser Art gar nicht Statt finde, gesagt wäre. Gehörte das Verzehren von Nahrungsmitteln, die einem Anderen gehören, zur Schadenstiftung secundum naturam, und fände deshalb keine Klage Statt, so hätte auch beim Abweiden *in fundo alieno* nicht die *actio de pastu* Statt finden müssen, die nur ein besonderer Name zu sein scheint, den die actio de pauperie in einem besondern — und dabei dem römischen Landmann besonders wichtigen und daher besonders aufgeführten — Fall annahm. Woher käme es auch sonst, daß von der ganzen Klage, in allen Sammlungen des römischen Rechts, nicht das Geringste weiter vorkömmt, als die zwei oder drei Worte,

die Ulpian davon fallen läßt, so daß wir von der ganzen Klage gar nichts wissen würden, wenn nicht dieser Rechtsgelehrte gelegentlich ihrer erwähnt und bemerkt hätte, daß sie in einem gewissen Fall nicht Statt finde. Wie soll man sich dies Schweigen des römischen Rechts über die actio de pastu erklären? Es war nicht nöthig, ihrer besonders zu erwähnen, da sie nichts Besonderes an sich hatte und schon durch die *actio de pauperie* in Hinsicht auf allen durch fremde Thiere gestifteten Schaden und dessen Ersatz hinlänglich vorgesorgt war.

§. 7. Fortsetzung.

Wozu ist, wenn ein Thier geschadet hat, der Eigenthümer gegen den Beschädigten verbunden?

Zunächst ist der Eigenthümer verbunden, den Schaden zu ersetzen, wenn ein zahmes Thier geschadet hat; es steht ihm aber das Recht zu, das (lebendige) Thier zur Entschädigung hinzugeben und sich dadurch (durch noxae deditio) vom Ersatz frei zu machen [1]). Der Grund wird ohne Zweifel hier derselbe sein, wie bei den Noxalklagen, wovon Justinian [2]) bemerkt: Summa autem ratione permissum est, noxae deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse [3]).

---

1) L. 1. pr. et §. 14. 15. 16. D. h. t. — L. 6. §. 1. D. de re jud. Decem, aut noxae dedere condemnatus, judicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. At is, qui stipulatus est, decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus, at judicium solius noxae deditionis nullum est, sed per pecuniariam condemnationem sequitur; et idem judicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae ex lege tribuitur.

2) §. 2. J. de noxal. act.

3) Siehe auch L. 2. pr. D. de noxal. act. Si servus sciente

Ursprünglich war es wol die Meinung des Gesetzes, daß ein schadendes Thier selbst für den Schadensersatz mit seinem Leibe haften solle, und wie der Eigenthümer verbunden sei, es dem Beschädigten zu diesem Ende auszuliefern, nur solle der Eigenthümer das Recht haben, durch Vergütung des Schadens das Thier von der Schuld und sich von der Verbindlichkeit, es auszuliefern, frei zu machen; die eignen Worte der XII Tafeln deuten darauf hin [1]. Mit dieser ursprünglichen Idee stimmt das Folgende überein. Nämlich nicht derjenige kann in Ansprache genommen werden, dem das Thier gehörte zu der Zeit, als es schadete, sondern, dem es jetzt gehört, da geklagt wird. Die Verschuldung des Thiers begleitet es überall hin, wo es sich auch befinden mag, und geht von ihm auf den jedesmaligen Eigenthümer insoweit hinüber, daß er dem Beschädigten dafür gerecht werden muß, wenn er sich nicht durch Auslieferung des Thiers lösen will. Der Grundsatz: *Noxa caput sequitur*, findet auch hier Anwendung [2].

Diese Grundsätze finden überall Anwendung, wenn ein zahmes Thier geschadet hat, nicht bloß, wenn mit der actio de pauperie geklagt wird, sondern auch bei der actio de pastu. Beide Klagen, durch dasselbe Gesetz eingeführt, unterscheiden sich blos dadurch, daß sie verschiedene Arten, wie Thiere schaden, betreffen; sonst sind sie nicht verschieden. Folgende Stelle aus Paulus [3] beweiset dies: Si quadrupes

domino occidit, in solidum dominum obligat: ipse enim videtur dominus occidisse: si autem nesciente, noxalis est: nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat.

1) L. 1. pr. D. h. t.

2) L. 1. §. 12. D. h. t. Et, cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non ejus fuerit quadrupes, cum noceret, sed cujus nunc est. §. 13. D. eod.

3) recept. sent. L. 1. tit. 15.

pauperiem fecerit, damnumve dederit, quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat: quod etiam lege Pesulania de cane cavetur. Wir sehen zugleich, wie aller mögliche, durch Thiere zu stiftende, Schade im Gesetz enthalten war. Nämlich, wenn ein gereiztes Thier Schaden thut, so fällt die Schuld auf den Menschen, der es gereizt hat und dafür verantwortlich ist. Hat es ungereizt, überhaupt ohne Schuld eines Menschen, der es in Thätigkeit gesetzt hat, geschadet, so gehört der Schade zur pauperies, selbst, wenn es durch Abweiden in fundo alieno geschadet hat, in welchem Fall *actio de pastu* Statt findet.

Wir sehen also, daß in dieser Materie das römische Recht nur die Schuld des Thieres, nicht des Herrn, in Betrachtung zieht, und daß dieser für den Schaden verantwortlich ist, weil er Eigenthümer ist, nicht, weil er den Schaden verschuldet hat. Nur in einem Falle sieht das Gesetz auf die Schuld des Herrn; nämlich, wenn er einen bösen Hund nicht an der Kette liegen hatte [4]). Aber selbst in diesem Fall scheint nach dem Zusammenhange nur eine gewöhnliche actio de pauperie Statt zu finden, und der Eigenthümer haftet für den Schadensersatz, nicht, weil er den Schaden verschuldet hat, sondern seine Unterlassung macht nur, daß er den Schaden, den das Thier gestiftet hat, — ersetzen muß — da er, nach Bewandniß der Umstände, in diesem Fall frei davon gewesen wäre — wenn er es nicht etwa selbst, wie ihm auch in diesem Fall zusteht, zum Schadensersatz hingeben will.

---

4) Si quis aliquem evitans, Magistratum forte, in taberna proxima se immisisset, ibique a cane feroce laesus esset, non posse agi canis nomine, quidam putant; at si solutus fuisset, contra. L. 2. §. 1. D. h. t.

§. 8.

Urtheil über die Bestimmungen des römischen Rechts, nebst Bemerkungen über die Grundsätze, von denen der Gesetzgeber ausgehen muß.

Das römische Recht erfüllt ganz und gar nicht die geringen Ansprüche, die man in dieser Materie an eine gute Gesetzgebung machen kann. In Kurzem enthält es nichts weiter, als Folgendes:

1) Niemand darf Thiere auf ein fremdes Gebiet schikken, damit sie dort weiden; — der Eigenthümer, welcher fremde Thiere auf seinem Gebiet findet, darf sie jedoch nicht fangen und einschließen [1]; — derjenige kann mit einer actio in factum ex lege Aquilia belangt werden, welcher seine oder fremde Thiere mit fremdem Futter ernährt [2]. Das sind lauter Dinge, die sich so ziemlich von selbst verstehen. Die Hauptsache ist, daß Schaden verhütet oder vergütet wird, welchen Thiere ohne Mitwirkung eines Menschen anrichten.

2) In dieser Hinsicht sieht das römische Recht, wenn zahme Thiere schaden, nicht auf den Herrn des Thiers; es frägt nicht, ob er den Schaden, aus Mangel an Aufsicht, verschuldet habe, ihm liegt also auch keine Verbindlichkeit ob, dergleichen Schaden durch Aufsicht u. s. w. zu verhüten, sondern das Thier selbst ist gleichsam schuldig, und es findet eine actio de pauperie Statt, wenn es ungereizt, oder von selbst geschadet hat, und insonderheit eine actio de pastu, wenn dies durch Abweiden in fundo alieno geschehen ist. Beide Klagen finden gegen den Eigenthümer Statt, welcher für das Thier zahlen muß, und zwar haftet der jedesmalige, der sich von der Verbindlichkeit, den verursachten, vielleicht sehr großen, Schaden zu vergüten, dadurch frei machen kann, daß er das Thier dem Beschädigten hingiebt, für den es

---

1) L. 39. §. 1. D. ad legem Aquiliam.

2) L. 14. §. 1. D. de praescript. verb. L. ult. C. de lege Aquilia. Cap. 4. X. de injuriis.

vielleicht keinen Werth hat, wenn es überhaupt einen hat. Und wenn das Thier gestorben ist, der Eigenthümer sein Eigenthum daran aufgegeben hat u. s. w., muß nach diesen Grundsätzen jede Ansprache auf Entschädigung wegfallen. Auf solche Art ist freilich schlecht für den Beschädigten gesorgt; nicht minder schlecht für den neuen Erwerber des Thiers, dem es einen Prozeß mitbringt, und der einen Schaden ersetzen soll, den er nicht verschuldet hat.

So ist es; so sollte es aber nicht sein. Die Vorschriften des natürlichen Rechts sind hier sehr einfach, und kein Grund ist vorhanden, sich davon zu entfernen; sie sind vielmehr in das positive aufzunehmen, und nur noch allenfalls zu erweitern. Ueberhaupt muß der Eigenthümer, ohne Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren, den Schaden ersetzen, den seine Thiere gestiftet haben, weil er am Ende als derjenige anzusehen ist, der ihn verschuldet hat; es sei denn, daß ein anderer Mensch, der Beschädigte oder ein Dritter, Schuld daran ist, da dann der Dritte, als welcher den Schaden zunächst verursacht hat, ihn zu vergüten, der Beschädigte ihn sich selber zuzuschreiben hat. — Dem Letzteren würde es schon zur Schuld anzurechnen sein, wenn er widerrechtlich das fremde Gebiet betrat. —

Insonderheit ist es mit den Rücksichten, die man der Gesellschaft schuldig ist, nicht zu vereinigen, wenn man Thiere, sich selbst überlassen, umherlaufen läßt, und wenn sie von freien Stücken Schaden stiften, muß der Eigenthümer billig den Schaden ersetzen, weil er das Thier nicht, oder nicht sorgfältig genug, gehütet hat. Insonderheit gebührt dem Eigenthümer, es zu verhüten, daß seine Thiere nicht auf ein fremdes Grundstück gehen, und dort durch Abweiden Schaden stiften. Er muß daher die Plätze, auf denen sein Vieh weidet, durch Zäune oder Gräben befriedigen, oder es durch Hirten hüten lassen, damit es auf die Felder des Nachbarn nicht übergehen und schaden könne. Wenn jene Maßregeln

ihrem Zweck nicht entsprechen, das Vieh auf fremdes Gebiet hinübergeht, und fremdes Gras, Getreide u. s. w. abweidet, so ist wiederum der Eigenthümer verbunden, den Schaden zu ersetzen, als der es nicht sorgfältig genug gehütet hat. Fällt dem Hirten Schuld zur Last, so lehren die Rechtsgelehrten, der Hirte sei auf Schadensersatz zu belangen; der Eigenthümer, der den Hirten bestellte, sei weder für die Handlungen, noch für die Unterlassungen des Hirten verantwortlich [1]). Ich würde, wenn ich blos die Natur der Sache zu Rathe zöge, glauben, der Beschädigte könne, wenn der Hirte durch Unterlassung geschadet hat, den Ersatz seines Schadens von dem Eigenthümer und nur von diesem fordern, welcher jedoch auf den Hirten zurückgehen und von ihm die Wiedererstattung begehren könne. Denn die Unterlassungen seines Beauftragten kommen auf seine Rechnung. Wenn, wie ich annehme, der Eigenthümer verbunden ist, zu verhüten, daß seine Thiere keinen Schaden thun, so liegt ihm ob, diese Pflicht selbst zu erfüllen; insofern er aber seine Person durch Andre vertreten läßt, muß er für deren Unterlassungen aufkommen, selbst, wenn ihm nichts dabei zur Last gelegt werden kann, daß er die Hut der Heerde gerade einer solchen Person anvertraute. Der Beschädigte kann zu dem Hirten nicht sagen: Ersetze mir den Schaden, den du verschuldet hast. Dieser hätte zwar durch Anwendung von Sorgfalt den Schaden verhüten können, aber er hat keine Verbindlichkeit gegen den Beschädigten, ihm den Schaden zu ersetzen, den er hätte verhüten können, weil er gegen den Beschädigten keine Verbindlichkeit hatte, jene verhütende Sorgfalt anzuwenden. Die obligatio ad diligentiam lag ihm blos ge-

---

1) Struv Syntagma ex. 14. L. 9. tit. 1. — Franc. Viritus. decisiones regni Neapolitani lib. 2. dec. 280 nr. 1 — Richter dec. 5. nr. 29. welcher L. 11. pr. D. locati und L. 50. D. de regul. jur. dafür anführt. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen 7. Band S. 257.

vielleicht keinen Werth hat, wenn es überhaupt einen hat. Und wenn das Thier gestorben ist, der Eigenthümer sein Eigenthum daran aufgegeben hat u. s. w., muß nach diesen Grundsätzen jede Ansprache auf Entschädigung wegfallen. Auf solche Art ist freilich schlecht für den Beschädigten gesorgt; nicht minder schlecht für den neuen Erwerber des Thiers, dem es einen Prozeß mitbringt, und der einen Schaden ersetzen soll, den er nicht verschuldet hat.

So ist es; so sollte es aber nicht sein. Die Vorschriften des natürlichen Rechts sind hier sehr einfach, und kein Grund ist vorhanden, sich davon zu entfernen; sie sind vielmehr in das positive aufzunehmen, und nur noch allenfalls zu erweitern. Ueberhaupt muß der Eigenthümer, ohne Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren, den Schaden ersetzen, den seine Thiere gestiftet haben, weil er am Ende als derjenige anzusehen ist, der ihn verschuldet hat; es sei denn, daß ein anderer Mensch, der Beschädigte oder ein Dritter, Schuld daran ist, da dann der Dritte, als welcher den Schaden zunächst verursacht hat, ihn zu vergüten, der Beschädigte ihn sich selber zuzuschreiben hat. — Dem Letzteren würde es schon zur Schuld anzurechnen sein, wenn er widerrechtlich das fremde Gebiet betrat. —

Insonderheit ist es mit den Rücksichten, die man der Gesellschaft schuldig ist, nicht zu vereinigen, wenn man Thiere, sich selbst überlassen, umherlaufen läßt, und wenn sie von freien Stücken Schaden stiften, muß der Eigenthümer billig den Schaden ersetzen, weil er das Thier nicht, oder nicht sorgfältig genug, gehütet hat. Insonderheit gebührt dem Eigenthümer, es zu verhüten, daß seine Thiere nicht auf ein fremdes Grundstück gehen, und dort durch Abweiden Schaden stiften. Er muß daher die Plätze, auf denen sein Vieh weidet, durch Zäune oder Gräben befriedigen, oder es durch Hirten hüten lassen, damit es auf die Felder des Nachbarn nicht übergehen und schaden könne. Wenn jene Maßregeln

ihrem Zweck nicht entsprechen, das Vieh auf fremdes Gebiet hinübergeht, und fremdes Gras, Getreide u. s. w. abweidet, so ist wiederum der Eigenthümer verbunden, den Schaden zu ersetzen, als der es nicht sorgfältig genug gehütet hat. Fällt dem Hirten Schuld zur Last, so lehren die Rechtsgelehrten, der Hirte sei auf Schadensersatz zu belangen; der Eigenthümer, der den Hirten bestellte, sei weder für die Handlungen, noch für die Unterlassungen des Hirten verantwortlich [1]. Ich würde, wenn ich blos die Natur der Sache zu Rathe zöge, glauben, der Beschädigte könne, wenn der Hirte durch Unterlassung geschadet hat, den Ersatz seines Schadens von dem Eigenthümer und nur von diesem fordern, welcher jedoch auf den Hirten zurückgehen und von ihm die Wiedererstattung begehren könne. Denn die Unterlassungen seines Beauftragten kommen auf seine Rechnung. Wenn, wie ich annehme, der Eigenthümer verbunden ist, zu verhüten, daß seine Thiere keinen Schaden thun, so liegt ihm ob, diese Pflicht selbst zu erfüllen; insofern er aber seine Person durch Andre vertreten läßt, muß er für deren Unterlassungen aufkommen, selbst, wenn ihm nichts dabei zur Last gelegt werden kann, daß er die Hut der Heerde gerade einer solchen Person anvertraute. Der Beschädigte kann zu dem Hirten nicht sagen: Ersetze mir den Schaden, den du verschuldet hast. Dieser hätte zwar durch Anwendung von Sorgfalt den Schaden verhüten können, aber er hat keine Verbindlichkeit gegen den Beschädigten, ihm den Schaden zu ersetzen, den er hätte verhüten können, weil er gegen den Beschädigten keine Verbindlichkeit hatte, jene verhütende Sorgfalt anzuwenden. Die obligatio ad diligentiam lag ihm blos ge-

---

1) Struv Syntagma ex. 14. L. 9. tit. 1. — Franc. Virius. decisiones regni Neapolitani lib. 2. dec. 280 nr. 1 — Richter dec. 5. nr. 29. welcher L. 11. pr. D. locati und L. 50. D. de regul. jur. dafür anführt. Bülow und Hagemann praktische Erörterungen 7. Band S. 257.

gen denjenigen ob, der ihm den Auftrag gab, das Vieh zu hüten. Anders ist es, wenn er durch Thätigkeit schadet, indem er das Vieh auf ein fremdes Gebiet auf die Weide führt. Für diese unerlaubte Handlung muß er den Eigenthümer des Weideplatzes entschädigen; denn hier ist nicht die Rede von Schaden, den er durch Anwendung von Sorgfalt hätte verhüten können, sondern den er angerichtet hat. Wenn ich aber die Grundsätze des römischen Rechts in Betrachtung ziehe und an die Lehre des Ulpian denke[1]), wonach, wenn Jemand einen Hund am Stricke führt, und er sich losreißt, da ein Anderer ihn hätte fester halten können, u. s. w., die actio de pauperie nicht Statt findet, und derjenige für den gestifteten Schaden haftet, *qui canem tenebat*, so muß ich, mag ich wollen oder nicht, den Rechtsgelehrten, deren Gründe nicht die meinigen sind, dennoch beipflichten.

II. Wie soll man sich gegen Bienen schützen, die der Nachbar hält?

Gegen diese kleinen Räuber versagt Pufendorf uns alle Hülfe; er nimmt sie in seinen Schutz, und legt ihnen das Recht bei, überall umherzuschweifen, auch in den Gebieten der Nachbarn ihrer Nahrung nachzugehn, und die fremden Gärten, wie die eignen ihres Herrn, nach Belieben auszuplündern. Cum omnibus constet, apes esse genus animantis vagum et quae nulla ratione adsuefieri possit, ut ex certo loco pabulum petat: igitur ubicunque illas habendi jus est, ibi quoque omnibus vicinis quandam velut servitutem injunctam intelligi, ut apibus passim citra ullius prohibitionem vagari liceat[2]). Leyser will ihm nicht ganz

1) L. 1. §. 5. D. h. t. — Siehe auch L. 8. §. 1. D. ad legem Aquiliam.

2) Puffendorf de jure naturae et gentium lib. 3. cap. 1. §. 5.

beistimmen; man habe nicht nöthig, sich von fremden Bienen berauben zu lassen; es gebe ein Mittel, sich vor ihnen zu schützen. Dies Mittel — man wird sich wundern, wenn ich es nenne — ist nichts anders, als — die Pfändung. Ja Leyser lehrt, man könne Bienen, wie andre zahm gemachte Thiere, wenn sie auf unser Gebiet kommen — pfänden. Die Pfändung sei leicht zu bewerkstelligen, wenn sich ein ganzer Bienenschwarm bei uns eingefunden habe. Aber auch einzelne, auf unserem Gebiet umherfliegende, Bienen könnten gepfändet werden. Man dürfe nur einen Bienenkorb mit Honig aussetzen, und, wenn die Bienen sich darin versammelt hätten, ein Tuch darüber ausbreiten. Dies Mittel giebt du Fresne[1], auf den Leyser sich beruft, an die Hand.

An und für sich würde die Pfändung, wenigstens der Bienen, die einzeln auf unser Gebiet kommen, zwar nicht verwerflich sein; sie erscheint aber als eine unnütze Handlung, da sie nur Schadensersatz zum Zweck haben könnte; der Schade aber, den die Bienen stiften, wenn sie Honig aus den Blumen saugen, ist für nichts zu rechnen[2].

1) Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis voce Arna; Si apes fecerint damnum, paret iis in horto aut in vineo arnam cum melle et unam cantarum et cum apes fuerint ibi congregatae, cooperiat eas panno, et sic teneat eas pignoratas.

2) Wenn ein ganzer Bienenschwarm seinen bisherigen Wohnsitz verlassen, und sich auf dem Gebiet des Nachbarn niedergelassen hat, so frägt es sich, ob hier überhaupt von Pfändung die Rede sein könne, ganz abgesehen von ihrer Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit. Die Bienen werden bekanntlich nach römischem Recht, ohne Unterschied ihres Aufenthaltes, als Thiere wilder Art angesehen, und es finden bei ihnen in Hinsicht auf Erwerb, Fortdauer und Verlust des Eigenthums dieselben Grundsätze Anwendung, die von wilden Thieren überhaupt gelten. Man erwirbt das Eigenthum derselben durch Occupation, setzt es fort, so lange sie in unserer Gewalt, und verliert es, sobald sie uns entflohen sind. Wenn daher der Bienenschwarm entflohen oder ausgewandert ist, so würde der Nachbar, bei dem er eingewandert ist, auf dessen Gebiet er sich

Wie soll aber der Eigenthümer sein Gebiet und seine Pflanzen gegen diese kleinen Räuber schützen? Darf er sie in

---

wenigstens einstweilen niedergelassen hat, ihn als gute Beute betrachten, ihn in den Korb einfassen, und sich dadurch selbst zum Eigenthümer machen können, statt seinem bisherigen Herrn zu erlauben, ihn zurück zu holen, und auf solche Art das Eigenthum nicht fortzusetzen, sondern das Verlorene aufs Neue zu erwerben. Das römische Recht setzt zwar die Einschränkung hinzu, wie entflohene Thiere noch so lange die unsrigen verbleiben, als sie noch in unserem Gesicht und dabei leicht wieder einzuholen sind. (§. 12. J. de rer. div. L. 5. pr. D. de acquir. rer. dom.) und wendet dies namentlich auf entflohene Bienenschwärme an (§. 14. J. de rer. div. L. 5. §. 4. de acq. rer. dom.), allein dies kann wol bei wilden Thieren, und namentlich Bienen, die auf ein fremdes Gebiet, zumal ein befriedigtes, mit Schranken versehenes, die nach dem Willen des Eigenthümers nicht überschritten werden sollen, ja diesen Willen durch ihr Dasein selbst zu erkennen geben, entflohen sind, keine Anwendung finden, da es bei solcher Lage der Dinge nicht von uns abhängt, uns der entflohenen Thiere mit Leichtigkeit und nach Gefallen wieder zu bemächtigen, indem der Herr des Gebiets uns das Betreten desselben, und die Wegführung der Thiere, wenigstens de facto, verwehren kann, wenn örtliche Hindernisse es nicht thun. Den Rechtsgelehrten zu folge, würde hier zu unterscheiden sein, ob sie in Gegenwart des Herrn, oder in seiner Abwesenheit entflohen sind. Sind sie entflohen, als der Herr z. B. im Garten war, hat er sie fliehen sehen und sie verfolgt, dann gehören sie ihm fortwährend, und der Nachbar kann ihm nicht wehren, sein Gebiet, worin die entflohenen Bienen sich niedergelassen haben, in der Verfolgung zu betreten, um die Bienen, die noch immer die seinigen sind, abzuholen. (Locam. quaest. Just. 122. P. Mueller diss. de jure apum, cap. 2. th. 8.) Sind sie aber in seiner Abwesenheit entflohen, so haben sie ihre natürliche Freiheit sogleich wiedererlangt, und sollte auch ihr bisheriger Herr sie hernach auf dem fremden Gebiet sehen, so behalten sie doch die einmal erlangte natürliche Freiheit bei, bis sie als res nullius einem neuen Herrn zu Theil werden, demjenigen nämlich, der sich ihrer zuerst bemächtigt (P. Mueller diss. de jure apum cap. 2. th. 7.). So die Rechtsgelehrten. Wenigstens der Unterschied zwischen Gegenwart und Abwesenheit scheint hier nicht in Betrachtung zu kommen, und wenn man auch zugeben wollte, daß wir Thiere und Bienen auf das Gebiet des Nachbarn verfolgen dürften, und das Eigenthum derselben für uns nicht verloren sei, so lange wir sie

gerechter Nothwehr verbrennen, wenn sie zu seinen Bienen hinüberfliegen? — Das römische Recht sagt: Nein.

L. 27. §. 12. D. ad leg. Aquiliam:

Si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, legis Aquiliae actionem competere, Celsus ait.

Darf er sie mit Rauch verjagen oder tödten:

Das römische Recht sagt, wie es scheint, abermals Nein.

L. 49. pr. D. eod.

Si quis fumo facto apes alienas fugaverit, vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur, quam occidisse: et ideo in factum actione tenebitur.

Aber er darf doch seine Blumen und Blätter mit Gift bestreichen, woran die Bienen, wenn sie daran saugen, sterben? Hier sagt das römische Recht nichts, Leyser hingegen, unter Beziehung auf die beiden eben angeführten Stellen des römischen Rechts, wiederum Nein. Allein ich sehe nicht, was den Eigenthümer hindern könnte, seine Blumen mit einer Substanz zu bestreichen, woran die Bienen sterben. Hat er ihnen doch nicht geheißen, auf sein Gebiet zu kommen und an seinen Blumen zu saugen. Jene Stellen lehren nur, er dürfe die fremden Bienen nicht tödten; in dem angenom-

---

auf dem angrenzenden Gebiet sehen, und uns derselben auf diesem Gebiet, wenn nur der Nachbar, wie er nicht thun dürfe, uns den Eintritt nicht versagt, wieder bemächtigen können, so läßt sich doch nicht zugeben, daß wir das Eigenthum ohne weiteres verlieren, wenn wir bei der Flucht nicht grade zur Stelle sind. Im römischen Recht wird zur Fortdauer des Eigenthums dies Zurstellesein nicht grade erfordert, und, wenn der Eigenthümer auch erst darüber zukommt, wenn wilde Thiere schon entflohen sind, er sie jedoch nicht aus dem Gesicht verloren hat, sie vielmehr, sogar in seiner Nähe, noch sieht und leicht wieder einholen kann, müßte man sein Eigenthum als fortdauernd anerkennen. Wenn man annimmt, daß die Flucht auf ein fremdes Gebiet der Verfolgung und dem Eigenthum kein Ziel setzt, so hat man weiter keinen Grund, dem bisherigen Herrn die Verfolgung, wie das Eigenthum, abzusprechen, wenn ein Thier in seiner Abwesenheit auf das Gebiet des Nachbarn entflohen ist.

menen Fall hat er aber die Bienen nicht getödtet; sie haben sich vielmehr selbst getödtet. Ich wüßte selbst nicht einmal, was den Eigenthümer abhalten sollte, fremde Bienen, da er sie auf andre Art nicht verscheuchen kann, mit Rauch zu verjagen. Hat er nöthig, sich der Erregung eines Rauchs auf seinem Grund und Boden aus Schonung gegen seinen Nachbarn und die fremden eindringenden Bienen zu enthalten? Und selbst, wenn er den Rauch blos deshalb erregt, um die fremden Bienen zu verscheuchen, wer kann es ihm wehren? Braucht er sich über seine Absicht zu erklären und kann es überhaupt bei einer an sich erlaubten Handlung auf diese Absicht ankommen? Ich nenne sie eine erlaubte Handlung; denn auf seinem eigenen Boden Rauch zu erregen, ist an sich keine widerrechtliche Handlung; sie ist nur insofern nicht erlaubt, als der Rauch auf das Gebiet das Nachbarn hinüberdringt, und selbst, wenn dieses geschieht und dem Nachbarn dadurch Schaden geschieht, kann derjenige, der den Rauch erregt, nur für den Schaden verantwortlich sein, der auf dem Gebiet des Nachbarn, durch den hinüber gedrungenen Rauch, entstanden ist. Muß ihm nicht auf allen Fall der Umstand zu Statten kommen, daß er sein Gebiet, seine Pflanzen u. s. w. vor Eindrang fremder Thiere schützen, sich gegen sie nur vertheidigen will? Ich würde daher glauben, es sei an jener Stelle die Rede davon, daß Jemand nicht auf eigenem, sondern auf dem Gebiet des Herrn der Bienen Rauch erregt und die Bienen aus ihrem Wohnsitz verscheucht hat, wenn die Stelle nicht allgemein redete, und besonders, wenn es nicht ganz unglaublich wäre, daß Jemand sich auf ein fremdes Gebiet begeben und Rauch erregen sollte, um Bienen zu verscheuchen; weshalb der Rechtsgelehrte einen Fall dieser Art, wenn er auch nicht grade unmöglich ist, doch nicht zur Aufgabe gewählt haben wird. Wol aber kann hier der Fall gemeint sein, da Jemand auf seinem eigenen Gebiet Rauch erregt hat,

welcher auf das Gebiet des Nachbarn sich verbreitet, und die Bienen von dort verjagt hat, so daß sie nicht zurückgekehrt, wol gar durch den Rauch getödtet sind, und also ein Schade für den Nachbarn entstanden ist. Und so ist es auch. Es ist nicht von Abhaltung fremder Bienen durch Rauch, sondern von einer *immissio fumi* und einer in Folge dieser widerrechtlichen Handlung, wiewol es dabei auf Tödtung der fremden Bienen nicht abgesehen gewesen, vorhandenen Verpflichtung zum Schadensersatz die Rede. Jener zuvor erwähnte Fall, da Jemand den Rauch auf dem fremden Gebiet erregt hat, ist damit eben nicht ausgeschlossen, wiewol der Rechtsgelehrte hier daran nicht, wenigstens nicht an eine dadurch beabsichtigte Verjagung oder Beschädigung der Bienen, gedacht haben wird.

Indessen sind diese Mittel, wodurch der Eigenthümer sich selbst hilft, vielleicht nicht nach seinem Geschmack, dabei aber geeignet, ihn mit seinem Nachbarn in verdrießliche Händel zu verwickeln, auch führen sie ihn nicht geradezu zu seinem Ziel. Besser wäre es, wenn es ihm erlaubt wäre, durch Hülfe der Obrigkeit zu bewirken, daß gar keine Bienen auf sein Gebiet kommen dürften. Es entsteht also die Frage, ob der Nachbar dem Nachbarn de jure wehren könne, Bienen zu halten.

Auf dem Lande wird wol keiner ein Recht, worauf er selbst Ansprache macht, dem andern streitig machen, auch ist auf dem Lande das Halten der Bienen dem Nachbarn weniger lästig; aber in den Städten, wohin die Bienenzucht überhaupt nicht gehört, wo die Gärten hinter den Häusern gewöhnlich nur klein sind, verhält es sich anders; hier ist es keine geringe Beschwerde, wenn der Nachbar Bienen hält. Es hat dies die unangenehme Folge, daß, besonders an warmen Tagen, und wenn die Sonne scheint, oder wenn es auch nur nicht regnet, also grade zu solcher Zeit, wenn der Be-

sitzer selbst vielleicht Lust hat, sich im Garten zu ergehen, er ihn voll von schwärmenden Bienen findet, so daß er überall, wo er sich auch befinden mag, von ihnen umsumst wird, sich überall vor ihnen in Acht nehmen muß und überall in Gefahr ist, besonders, wenn er ihnen, sei es auch nur unversehens, zu nahe kömmt, von ihnen gestochen zu werden. Und wie leicht kann es geschehen, daß zur Zeit, wenn die Bienen schwärmen, ganze Schwärme in den Garten und auf das Gebiet des Nachbarn eindringen. Es scheint, daß es überhaupt nicht erlaubt sein könne, in den Städten Bienen zu halten. Stände dem einen Nachbarn dies Recht zu, so hätte ja der andre dasselbe Recht, und dies würde, wenn jeder, wie ihm nicht gewehrt werden könnte, von seinem Recht Gebrauch machte, die Folge haben, daß man sich vor Bienen nicht zu lassen wüßte, und am Ende — wie wailand die Abderiten vor den Fröschen der Latona — vor den Bienen entweichen, und ihnen Haus und Hof überlassen müßte. Will aber eine (schlechte) Polizei Bienen in den Städten dulden, so entsteht weiter die Frage, ob der Nachbar nicht in einem solchen Fall gegen den Nachbarn sein Eigenthumsrecht geltend machen, und von ihm verlangen könne, daß er die Beschwerde, welche die Bienen ihm verursachen, abstelle. Kann er ihm auch an sich nicht wehren, Bienen zu halten, so hat er doch nicht nöthig, zu dulden, daß sie auf seinem Gebiet umherfliegen. Zunächst könnte er freilich von ihm nur verlangen, daß er den Thieren nicht erlaubt, zu ihm hinüberzufliegen; in so fern dies aber auf andre Art nicht zu verhüten wäre, wie es denn schwerlich ist, könnte er, wie es scheint, wol begehren, daß er sie abschaffe. Wirklich haben auch schon die hannöverschen Gerichte diesen Fall, sogar durch drei Instanzen gleichmäßig, also entschieden[1]), nur ließ das höchste Gericht dem Nachbarn den Einwand zu Gute kommen, er habe

1) Bülow u. Hagemann prakt. Erörter. Bd. 2. Abh. 7. §. 2. Note.

sich schon zehn Jahre lang im Besitz einer Bienenstelle an diesem Platze befunden.

Allein, weder die Regel, noch die Ausnahme, lassen sich, glaube ich, nach den Gesetzen, wonach hier entschieden ward, nämlich den römischen, rechtfertigen. Sollte die Sache blos nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden, so glaube ich, würde allerdings der Eigenthümer fordern können, daß der Nachbar ihn mit seinen Bienen nicht belästige. Er könnte wol verlangen, daß die fremden Thiere gehindert würden, auf sein Gebiet zu kommen, und, wenn dieses auf andere Art nicht verhütet werden könnte, daß er sie gar nicht halte. Allein nach Grundsätzen des römischen Rechts darf, wie wir gehört haben, jeder Thiere, auch wilde, halten; er darf sie zwar nicht auf ein fremdes Gebiet auf die Weide führen, ihm liegt aber keine Verbindlichkeit ob, zu verhüten, daß sie nicht von selbst auf ein fremdes Gebiet übergehen. Hätte er eine solche Verbindlichkeit, so müßte er verbunden sein, den Schaden zu ersetzen, den sie auf fremdem Gebiet durch Abweiden stiften. Allein eine solche Verbindlichkeit liegt ihm nur ob, wenn er die Thiere auf das fremde Gebiet getrieben hat, nicht aber, wenn sie von selbst dorthin gekommen sind. In diesem letztern Falle hat er zwar gleichfalls die Verbindlichkeit, wenn er das Thier selbst nicht zum Schadensersatz hingeben will, den Schaden zu ersetzen, aber dies ist eine Verbindlichkeit ganz anderer und ganz eigener Art; sie entsteht nicht aus widerrechtlicher Unterlassung, und läßt nicht auf eine Verbindlichkeit, Schaden abzuwenden, zurückschließen, sondern sie liegt ihm ob, weil er Eigenthümer des Thiers ist, welches er nicht handeln machte, sondern welches die schädliche Handlung selbst beging.

Wie nun dem Nachbarn zur Geltendmachung seines Eigenthums keine Klage gegen den Nachbarn zusteht, so wird diese auch nicht durch Verjährung ausgeschlossen. Von Ver-

jährung kann hier gar nicht die Rede sein, weil ja das Recht, Bienen zu halten und die Bienenstöcke auf seinem Gebiet an jeder Stelle, wo es ihm gefällt, aufzustellen, dem Nachbarn vermöge seines Eigenthums von selbst zusteht, und wie ihm dieses Recht an und für sich nicht bestritten werden kann, so ist davon das Recht zu unterscheiden, seine Bienen auf das fremde Gebiet fliegen zu lassen. Ein Recht dieser Art hat er dadurch nicht erworben, daß der Nachbar bisher geduldet hat, daß die fremden Bienen, als sie ihren Honig einsammelten, auch auf seinem Gebiet herumschwärmten. Von Verjährung könnte nur etwa dann die Rede sein, wenn der Nachbar als ein solcher anzusehen wäre, der dem Nachbarn die Bienen zuschickte, sie bei ihm gleichsam auf die Weide schickte. Zu dem Ende mußte man sich in diesem Fall die Sache so vorstellen, als hätte der Nachbar durch Aufstellung des Bienenkorbs in der Nähe unsers Grundstücks eine Anstalt gegründet, gleichsam eine Maschine aufgestellt, die nach mechanischen Gesetzen auf unser Gebiet hinüberschweifte. Allein diese Ansicht würde hier nicht zutreffen. Wir müssen überhaupt jedes Ding nach seiner besondern Art betrachten; wir können die Thiere keinesweges als bloße Maschinen ansehen und belebte Geschöpfe den leblosen Dingen nicht gleichstellen; wir müssen ihnen vielmehr eine Art von Willkühr, ein arbitrium, wenn auch nur *brutum*, beilegen. Wenn die Bienen auf unser Gebiet kommen, so geschieht es nicht, weil der Nachbar sie uns zuschickt; sondern sie kommen, angelockt durch den Geruch unserer Blumen, wenn ich so sagen darf, auf eignes Geheiß. Von dem Herrn könnten wir blos verlangen, daß er sie hindere, auf unser Gebiet zu kommen. Allein ein solches Recht steht uns nicht zu, und kann also auch dadurch nicht verloren werden, daß der Nachbar ein entgegenstehendes Recht durch Verjährung erwirbt.

XII.

Beitrag zur Erörterung der Frage: Ist eine Privat-Urkunde, welche durch ein bloßes Handzeichen unterzeichnet ist, recognoscibel?

Von dem
Herrn Hofgerichtsadvokaten Bopp zu Darmstadt.

§. 1.

In der Rechtssprechung kommt nicht selten der Fall vor, daß der Beweis durch eine Privat-Urkunde angetreten wird, die von ihrem angeblichen Autor nicht unterschrieben, sondern mit einem bloßen Handzeichen desselben unterzeichnet ist [1].

1) In einer, zu dieser Erörterung Anlaß gebenden Rechtssache, worin der Verfasser Sachwalter war, trat der Beweisführer den aufhabenden Beweis durch eine Privaturkunde an, von welcher er behauptete, daß sie von dem, im Schreiben unerfahrnen, Gegner durch eigenhändige Unterzeichnung des ersten Buchstabens seines Namens als dessen, die Stelle seiner Namensunterschrift vertretenden, gewöhnlichen Handzeichens ausgestellt worden sey. Das Gericht erkannte rechtskräftig auf Production der Urschrift dieser Urkunde, dahin, daß Termin zur Anerkennung oder eidlichen Abläugnung dieses angeblichen Handzeichens unter dem geeigneten Rechtsnachtheil (Anerkennung der Aechtheit) anzuberaumen sey, sprach sich also für die Recognoscibilität dieser Urkunde aus.

Eines andern Rechtsfalls erwähnt die allgemeine juristische Zeitung vom Jahr 1829 No. 91 S. 362. Der Kläger trat den aufhabenden Beweis seines Klaggrundes durch einen angeblichen Schuldbrief des Beklagten an, den derselbe durch drei Kreuze unterzeichnet habe. Das Gericht sprach auf die Weigerung des Beklagten denselben von der Recognitions-Verbindlichkeit frei.

Es entsteht alsdann gewöhnlich die Frage: ob der Producent gehalten sey, sich über die Aechtheit einer solchen Urkunde zu erklären (ob sie recognoscibel sey)? und diese Frage scheint in der Rechtssprechung keine gleiche Beantwortung zu finden, besonders in dem Falle, wenn das Handzeichen von einem im Schreiben Unerfahrenen herrühren soll. [1])

So dürfte sich der Versuch rechtfertigen lassen, einen Beitrag zur Erörterung dieser Rechtsfrage zu liefern, die noch wenig wissenschaftlich in Betracht gezogen zu seyn scheint [2]), während sie von so praktischer Wichtigkeit ist [3]), untersuchen zu helfen, wie unsere Rechtspflege sie gemeinrechtlich zu beantworten hat?

§. 2.

Zuvörderst scheint eine Unterscheidung sich geltend machen zu müssen.

War der angebliche Autor der, als Beweismittel zur Sprache kommenden, blos durch ein Handzeichen [4]) *unter-*

1) S. die vorhergehende Note. Schon Leyser sagt: Medit. ad Pand. Sp. 271. Med. 3. „De juribus eorum qui scribere nesciunt — moventur quotidie quaestiones."

2) Die Stryk'sche Abhandlung: De jure analphabetorum, deren Ausführlichkeit (20 Seiten in folio) Ansprüche machen läßt, ist sehr unbefriedigend. Bei Linde Lehrb. des deutschen gem. Civil-Prozesses Aufl. 2. Bonn 1828 ist der Gegenstand §. 287. Not. 1. angedeutet.

3) Schon der Verfasser des Aufsatzes in der angeführten Nummer der allg. jur. Zeit.: „Ist eine, angeblich von einem Schreibunkundigen unterkreuzte Urkunde irrecognoscibel?" macht im Eingang die Bemerkung, daß diese Rechtsfrage, obgleich das praktische Interesse, das sie darbietet, nicht zu läugnen sey, mit Ausnahme von Claproth: Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß, Th. 2. §. 234, bei den andern Prozessualisten sich kaum angedeutet findet. Die Ausarbeitung selbst enthält übrigens mehr nur Andeutung der Gründe, aus denen sich der Verfasser für die Bejahung der von ihm aufgeworfenen Frage entschied.

4) Z. B. durch das, in den Gesetzen namhaft gemachte Zeichen des

zeichneten Privaturkunde zur Zeit ihrer Ausstellung im Schreiben erfahren und war er namentlich im Stand, seinen Namen zu schreiben, so verräth der Umstand, daß er diese Fähigkeit [1]) nicht dazu benutzte, die Urkunde gehörig zu unterschreiben, den Mangel der Absicht, als Aussteller der Urkunde zu erscheinen, sie zum Beweismittel der Willensmeinung, welche der Producent darin gefunden haben will, und die er dem Richter nachzeigen soll, zu machen. Diese Absicht mußte er dadurch zu erkennen geben, daß er die Urkunde so unterzeichnete, wie es das Gesetz von dem verlange, der im Schreiben erfahren ist.

That er dieses nicht und setzte er an die Stelle der Namensunterschrift, die das Gesetz zum Erforderniß einer Privaturkunde macht, indem es verlangt, daß der Aussteller sie, wo nicht schreibe, doch wenigstens unterschreibe [2]), ein bloßes

---

Kreuzes, durch den Anfangsbuchstaben des Namens u. s. w. Spangenberg: Die Lehre von dem Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden. Heidelberg 1827. Th. 1. S. 212 ꝛc.

1) Ueberhaupt sieht das Gesetz darauf, daß der, der wenigstens seinen Namen schreiben kann, diese Fähigkeit gehörig benutzen soll, wenn von der Beurkundung seines Willens die Rede ist. So schreibt z. B. die L. 21. Cod. de test. (6, 23.) vor, daß der Testator, der schreiben kann, sein Testament selbst unterschreiben soll, und erlaubt ihm so nicht die Zuziehung eines Stellvertreters zur Bewirkung der Unterzeichnung

Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Erster Theil. Greifswald 1826. S. 346.

und die Notariatsordnung gestattet (§. 7.) dem Testator, der im Schreiben erfahren ist, nur dann die Adhibirung eines Substituten zum Zweck der Unterzeichnung seines letzten Willens, wenn er physisch, z. B. durch Lähmung der Hand, Körperschwäche u. s. w. am Schreiben gehindert ist („nicht mögt" d. h. nicht vermöchte). Gesterding a. a. O.

2) Pr. Inst. de emt. vend. (3, 24.)

„In iis autem, quae scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emtionis fuerint conscripta vel manu propria contrahenti-

Handzeichen, so muß daraus auf den Mangel eines ernsten Willens geschlossen werden [1]), der nur dann anzunehmen ist, wenn die Handlung, die ihn aussprechen soll, dem Gesetz angemessen ist [2]). Es fehlt an der Bedingung der Annahme,

---

um, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus autem subscripta."

Kretschmeyer: Diatriba de instrumentorum definitione, divisione, fide ac diffessione. Goett. § 7.

Pufendorf: Observ jur. univ. Tom. III. Obs. 144.

Stryk: De cautel. contr. Sect. I. Cap. VI. §. XI.

Carpzov Decis. Dec. 13. §. 3. Dec. 121. §. 18.

Lyncker: Res. discept. for. Res. 124.

Voet: Comment. ad Pand. L. 22. Tit 4. §. 11.

Leyser: Medit. ad Pand. Sp. 132. Med. 7. Sp. 271. Coroll. 1.

Suarez: Opera omnia. Francof. 1594. S. 529.

Schneider: Vollständige Lehre vom Beweis. Gießen u. Darmstadt 1808. S. 198.

v. Gönner: Handbuch des Prozesses. Band 2. Abh. 46. §. 12.

v. Globig: Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit. Regensburg 1806. Theil 2. Abschnitt IX. §. 2.

Ueber die näheren Erfordernisse der Namensunterschrift vergl. Struv: Syntagma juris civilis cum addit. Muelleri. Francofurti et Lipsiae 1758. Tom. II. S. 212.

1) Nach Hert Consil. et Resp. Tom. II. Decis. 582. streitet die Vermuthung dafür, daß der, welcher im Schreiben erfahren ist, die Scriptur aber nicht unterschrieb, sondern blos mit dem Zeichen des Kreuzes unterzeichnete, dadurch nicht die Absicht zu erkennen gegeben habe, die Scriptur zur Urkunde seiner Willensmeinung zu erheben. Doch soll er eidlich erhärten, daß er diese Absicht nicht gehabt habe.

2) Nach Pratobevera: Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege in den östreichischen Erbstaaten Bd. 4. S. 72. 73. soll in dem Fall, daß die Unterzeichnung einer Privaturkunde durch einen Schreibkundigen nur in den Anfangsbuchstaben des Namens desselben besteht, das Ermessen des Richters eintreten, der beurtheilen soll, ob die Scriptur für eine abgeschlossene Erklärung, ein Geständniß zu halten sey, oder blos für einen Entwurf. So würden z. B. Abschlagszahlungen auf den Schuldscheinen, Briefe aus Gewohnheit oder gutem Vorbedacht, nicht immer mit vollständiger Namensunter-

daß eine Urkunde mit rechtlicher Wirkung ausgestellt, rechtlich vorhanden sey[1], und so an der Bedingung der Verbindlichkeit zur Erklärung über die Aechtheit, der Recognoscibilität.

§. 3.

War hingegen der angebliche Aussteller der Urkunde zur Zeit ihrer Existentwerdung ein Idiot[2], so macht sich der Grund nicht mehr geltend, der in dem Fall Entscheidungs-

---

schrift versehen, und doch könne man ihnen die Beweiskraft gegen den Gläubiger, den Absender und Schreiber des Briefes, nicht absprechen.

Indessen möchte die Meinung, die dem richterlichen Ermessen einen solchen Spielraum einräumt, wenig Anhänger finden. Im Gegentheil ist es den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime, auf welche unser gemeiner Civilprozeß gebaut ist, gemäßer, zu behaupten, daß es darauf ankommt, ob der Producent eine Thatsache für sich anführt, aus der, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, hervorgeht, daß es die Absicht des Verfertigers des Handzeichens gewesen sey, durch dessen Untersetzung das als seine Willensmeinung zu erklären, was die Urkunde ausspricht, indem er z. B. behauptet, daß der, von dem der Brief, der als Urkunde zur Sprache kommt, herrühren soll, die Gewohnheit gehabt habe, sich in seinen Briefen nur mit dem Anfangsbuchstaben seines Namens zu unterzeichnen. Stützt sich Producent auf einen solchen erheblichen Moment, so muß sich der Richter aufgefordert finden, demselben die Constatirung desselben nachzulassen, und, wenn diese dem Producenten gelingt, sich für die Recognoscibilität zu entscheiden.

1) Die Scriptur kann nur als bloßer Entwurf angesehen werden
KRECKEMEYER l. c. §. 8.
und steht der gleich, die aller Unterzeichnung entbehrt.
MEVIUS Decis. P. 4. Dec. 334.

2) Gesterding bedient sich im ersten Theile seiner angeführten Schrift Ausbeute rc. S. 344. rc. zur Bezeichnung eines solchen, der nicht schreiben kann, nach dem Beispiele Strykś in seiner Abhandlung de jure analphabetorum (Dissert. jurid. Vol. III. Diss. 15.) der Kürze halber des Ausdrucks: Idiot. Aus gleichem Grund sey die Adoption dieses, freilich etwas barbarischen, Ausdrucks erlaubt.

norm ist, wenn der, von welchem das Handzeichen herrührt, schreiben konnte und in der Willkühr im Bewirken der gehörigen Namensunterschrift besteht. Aus deren Mangel kann daher nicht darauf geschlossen werden, daß es nicht die Absicht gewesen sey, die Urkunde auszustellen. Im Gegentheil muß daraus, daß der Fertiger des sinnlichen Merkmals [1]) des Handzeichens Alles that, was er thun konnte, indem er es der abgefaßten Urkunde beifügte, in Verbindung mit der Wahrheit, daß ihm die Beurkundung seiner Willensmeinung eben so gut offen stehen muß, wie dem, der schreiben kann, weil diese Ungleichheit der Fähigkeit keine Rechtsungleichheit involviren kann, und von jeder positiven freiwilligen Handlung angenommen werden muß, daß sie die Bedeutung habe, die ihrer Beschaffenheit entspricht, gefolgert werden, daß er durch Hinzufügung seines Handzeichens die Urkunde zum Beweis seines ernsten Willens, der darin sein sinnliches Merkmal findet [2]), habe erheben wollen [3]). Hiernach hat also der Richter der

---

1) Titius: Disput. jurid. disp. VI. Cap. I.

2) Pufendorf: De jure nat. et gent. L. 4. C. 1. 2. „Signa naturalem cum re significanda habent cognationem."

3) Gleiches lehrt Schneider, vom Beweis a. a. O., indem er sagt, daß, wenn der Aussteller der Urkunde nicht habe schreiben können und statt seines Namens ein anderes Handzeichen gemacht habe, dieses gleich der Namensunterschrift für ein Merkmal gelte, daß er den ganzen Inhalt der Urkunde für wahr anerkenne. Derselben Ansicht ist, wie erwähnt, der Verfasser der gedachten Erörterung in der Nummer 91 der allg. jur. Zeit. Er sagt: „Jeder weiß, oder muß wissen, daß die Unterschrift das herkömmliche Mittel ist, sein Einverständniß mit dem Inhalt einer Urkunde zu erklären."

Durch die Beifügung des Handzeichens ist Alles geschehen, was zur Perfection einer Urkunde gehört. Die Zuziehung und Unterschrift von Zeugen zur Constatirung der Aechtheit des Handzeichens bewirkt nicht, daß nun eine Urkunde als ausgestellt erscheint. Es liegt darin lediglich ein Zeugenbeweis, der darum zur Perfection der Urkunde nichts beiträgt.

Natur der Sache nach volle Veranlassung, die Thatsache der Unterzeichnung des Handzeichens als erheblich [1]), und so die Urkunde, ceteris paribus, als recognoscibel zu betrachten, daher den Producten zu einer solchen Erklärung (Anerkennung der Aechtheit des Handzeichens, oder feierliche Betheuerung der Unächtheit durch Ableistung des Diffessionseides) anzuhalten, wodurch ihm eine bestimmte rechtliche Ueberzeugung hinsichtlich der Thatsache, wovon der Inhalt der Urkunde redet, gegeben wird.

Wachenhusen über die Natur des Beweises durch Urkunden u. s. w. (Archiv für die civilistische Praxis Band 13. Heft 1. Abh. VII. S. 146. Not. 25.).

Claproth konnte nicht läugnen, daß eine perfecte Urkunde recognoscibel sey. Denn die Recognoscibilität erkennt in der Perfection ihre Bedingung. Er scheint nur in dem Mangel der Beglaubigung, der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung der Urkunde einen Mangel der Perfection derselben zu erblicken und zieht nun daraus den Schluß, daß eine solche Urkunde, wie alle mangelhaften Urkunden, irrecognoscibel sey. Denn er sagt §. 48. des ersten Theils seiner Schrift, Rechtswissenschaft ꝛc. (S. den folgenden Paragraphen.)

„Gleich wie es aber bei außergerichtlichen Urkunden über wichtige Gegenstände rathsam ist, Zeugen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterschrift der Urkunde zuzuziehen, also ist es noch mehr bei Schreibens und Lesens unerfahrener Personen nöthig. Denn diese Handzeichen zu recognosciren kann Niemand gezwungen werden.“ — Das Falsche liegt also im Mittelsatz.

1) Nach der österreichischen Civil-Prozeß-Gesetzgebung steht das Handzeichen eines Idioten der Namensunterschrift gleich. Nur sollen des Beweises wegen zwei Zeugen zugezogen werden.

Füger: Das gerichtliche Verfahren in Streitsachen nach der österreichischen allgem. Gerichtsordnung. Wien 1828. Th. 1. §. 116. S. 189. 190.

Pratobevera Mater. Band 4. S. 84. 85.

Nach dem preußischen Landrecht müssen schriftliche Verträge solcher Personen, die des Schreibens (und Lesens) unkundig sind, entweder vor Gericht, oder Notar und Zeugen, abgeschlossen werden.

Fürstenthal Institutionen des allgemeinen preußischen Civil- und Kriminalrechts. Berlin 1827. §. 372.

§. 4.

Zwar lehrt Claproth, daß das Handzeichen eines Idioten irrecognoscibel sey [1]). Allein zur Widerlegung dieser Lehre, welche auf die Praxis großen Einfluß geäußert zu haben scheint [2]), möchte es an triftigen Gründen nicht fehlen.

Claproth hat sich zur Begründung seiner Meinung blos auf einzelne Stellen des römischen Rechts bezogen. Allein es dürfte nicht schwer seyn, nachzuzeigen, daß diese Gesetzesstellen nicht das belegen, was dieser Rechtslehrer behauptet. Die erste Gesetzesstelle, auf welche sich Claproth beruft, ist die L. 22. §. 2. Cod. de jure delib. (6, 30.).

Diese Const. redet von der Einrichtung des Inventars, welches der, die Erbschaft cum beneficio inventarii antretende, Erbe über den Nachlaß des Erblassers zu errichten hat und von den, dabei zu beobachtenden Formen [3]), ver-

---

1) Im §. 48. des ersten Theils seiner Schrift: Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung von Verträgen und Contracten, Göttingen 1786. (Aufl. 3.), lehrt er, sich blos auf die Nov. 73. Cap. 8. beziehend, daß des Schreibens und Lesens unerfahrne Personen nicht gezwungen werden könnten, ihre Handzeichen zu recognosciren, und in §. 234. seiner Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß bezeichnet er, sich außer der genannten Novellenstelle auch auf die Auth. sed novo jure Cod. si certum pot. (4, 2.) und die L. 22. §. 2. Cod. de jure delib. (6, 30.) beziehend, gegen die andern Rechtslehrer, die von diesem Mangel der Form schweigen, Hellfeld Jurispr. for. §. 1165. Glück Ausf. Erläut. d. Pand. Band 22. §. 1165. Ludovici doctrina Pandectarum L. 22. tit 4. §. 10. als der Form nach mangelhaft namentlich auch Urkunden derer, welche nicht lesen und schreiben können und blos mit drei Kreuzen oder einem Namenszug unterzeichneten, während er §. 241. lehrt, daß der Form nach mangelhafte Urkunden irrecognoscibel seyen.

2) Bei dem Rechtsfall, dessen d. allg. jur. Zeit. a. a. O. erwähnt, stützte das Gericht seine Entscheidung auf die Ansicht von Claproth.

3) Thibaut System des Pandectenrechts §. 724.
Von Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Buch V. §. 169. Perez Praelectiones in Codicem L. 6. Tit. 30. §. 8.

langt namentlich, daß der Erbe das Inventar unterschreiben soll, und schreibt vor, wie es dann gehalten werden soll, wenn der Erbe grade im Schreiben unerfahren seyn sollte, daher nicht im Stande sey das Inventar zu unterschreiben, indem es verordnet, daß er alsdann das Zeichen des Kreuzes als Handzeichen unter das Inventar setzen und ein besonderer Notar (tabularius) sich für ihn, in Gegenwart von Zeugen, unterschreiben soll u. s. w. [1]) Diese Gesetzesstelle giebt also, auch abgesehen davon, daß die Praxis grade hinsichtlich der Formen von ihr abweicht [2]), nicht nur keinen Beleg für die Lehre von Claproth, sondern läßt sich auch gegen diese geltend machen. Denn indem sie ausdrücklich verlangt, daß der Erbe, wenn er zufällig im Schreiben unerfahren ist, das Zeichen des Kreuzes unterfertigen soll, [zugleich wegen des Beweises der Aechtheit dieses Handzeichens ein Weiteres verordnend [3])], deutet sie hinlänglich an, daß dieses Handzeichen bestimmt sey, die Unterschrift zu repräsentiren, mit ihm rechtlich eins sey, daß es das seyn solle, was in einem andern Fall die vollständige Namensunterschrift des im Schreiben erfahrenen Erben sey [4]).

---

1) Spangenberg a. a. O. S. 209.
Der hierher gehörige passus des Gesetzes heißt: „subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, vel, si ignarus sit litterarum — speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut litteras supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito.“

2) Thibaut Pandectensystem §. 724.
Perez Praelect. in Cod. L. 6. Tit. 30. §. 9.

3) S. allg. jur. Zeit. a. a. O. S. 363
Das Gesetz umgiebt den ganzen Akt der Errichtung des Inventars mit Formen, deren Beobachtung den Beweis aller Einzelnheiten dieses Vorgangs verbürgen soll.

4) Spangenberg a. a. O. S. 290. Wenn schon Bartolus meint, daß die, von dem Gesetz vorgeschriebene Unterfertigung des Handzeichens der Erben, eine unbedeutende Förmlichkeit (levis solennitas et minimi praejudicii) sey, auf welche nichts ankomme (quae

§. 4.

Zwar lehrt Claproth, daß das Handzeichen eines Idioten irrecognoscibel sey [1]). Allein zur Widerlegung dieser Lehre, welche auf die Praxis großen Einfluß geäußert zu haben scheint [2]), möchte es an triftigen Gründen nicht fehlen.

Claproth hat sich zur Begründung seiner Meinung blos auf einzelne Stellen des römischen Rechts bezogen. Allein es dürfte nicht schwer seyn, nachzuzeigen, daß diese Gesetzesstellen nicht das belegen, was dieser Rechtslehrer behauptet. Die erste Gesetzesstelle, auf welche sich Claproth beruft, ist die L. 22. §. 2. Cod. de jure delib. (6, 30.).

Diese Const. redet von der Einrichtung des Inventars, welches der, die Erbschaft cum beneficio inventarii antretende, Erbe über den Nachlaß des Erblassers zu errichten hat und von den, dabei zu beobachtenden Formen [3]), ver-

---

1) Im §. 48. des ersten Theils seiner Schrift: Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung von Verträgen und Contracten, Göttingen 1786. (Aufl. 3.), lehrt er, sich blos auf die Nov. 73. Cap. 8. beziehend, daß des Schreibens und Lesens unerfahrne Personen nicht gezwungen werden könnten, ihre Handzeichen zu recognosciren, und in §. 234. seiner Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß bezeichnet er, sich außer der genannten Novellenstelle auch auf die Auth. sed novo jure Cod. si certum pot. (4, 2.) und die L. 22. §. 2. Cod. de jure delib. (6, 30.) beziehend, gegen die andern Rechtslehrer, die von diesem Mangel der Form schweigen, Hellfeld Jurispr. for. §. 1165. Glück Ausf. Erläut. d. Pand. Band 22. §. 1165. Ludovici doctrina Pandectarum L. 22. tit 4. §. 10. als der Form nach mangelhaft namentlich auch Urkunden derer, welche nicht lesen und schreiben können und blos mit drei Kreuzen oder einem Namenszug unterzeichneten, während er §. 241. lehrt, daß der Form nach mangelhafte Urkunden irrecognoscibel seyen.

2) Bei dem Rechtsfall, dessen d. allg. jur. Zeit. a. a. O. erwähnt, stützte das Gericht seine Entscheidung auf die Ansicht von Claproth.

3) Thibaut System des Pandectenrechts §. 724.
Von Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilr. Buch V. §. 169.
Perez Praelectiones in Codicem L. 6. Tit. 30. §. 8.

langt namentlich, daß der Erbe das Inventar unterschreiben soll, und schreibt vor, wie es dann gehalten werden soll, wenn der Erbe grade im Schreiben unerfahren seyn sollte, daher nicht im Stande sey das Inventar zu unterschreiben, indem es verordnet, daß er alsdann das Zeichen des Kreuzes als Handzeichen unter das Inventar setzen und ein besonderer Notar (tabularius) sich für ihn, in Gegenwart von Zeugen, unterschreiben soll u. s. w.[1]) Diese Gesetzesstelle giebt also, auch abgesehen davon, daß die Praxis grade hinsichtlich der Formen von ihr abweicht[2]), nicht nur keinen Beleg für die Lehre von Claproth, sondern läßt sich auch gegen diese geltend machen. Denn indem sie ausdrücklich verlangt, daß der Erbe, wenn er zufällig im Schreiben unerfahren ist, das Zeichen des Kreuzes unterfertigen soll, [zugleich wegen des Beweises der Aechtheit dieses Handzeichens ein Weiteres verordnend[3])], deutet sie hinlänglich an, daß dieses Handzeichen bestimmt sey, die Unterschrift zu repräsentiren, mit ihm rechtlich eins sey, daß es das seyn solle, was in einem andern Fall die vollständige Namensunterschrift des im Schreiben erfahrenen Erben sey[4]).

---

1) Spangenberg a. a. O. S. 209.
Der hierher gehörige passus des Gesetzes heißt: „subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, vel, si ignarus sit litterarum — speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut litteras supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito.“

2) Thibaut Pandectensystem §. 724.
Perez Praelect. in Cod. L. 6. Tit. 30. §. 9.

3) S. allg. jur. Zeit. a. a. O. S. 363
Das Gesetz umgiebt den ganzen Akt der Errichtung des Inventars mit Formen, deren Beobachtung den Beweis aller Einzelnheiten dieses Vorgangs verbürgen soll.

4) Spangenberg a. a. O. S. 290. Wenn schon Bartolus meint, daß die, von dem Gesetz vorgeschriebene Unterfertigung des Handzeichens der Erben, eine unbedeutende Förmlichkeit (levis solennitas et minimi praejudicii) sey, auf welche nichts ankomme (quae

Aber eben, weil rechtlich kein Unterschied zwischen der Namensunterschrift und dem Handzeichen, das diese repräsentirt, statt finden soll, ist es eine konsequente Folgerung, daß die Verbindlichkeit zur Erklärung über die Aechtheit, die hinsichtlich der Ersteren begründet ist, sich auf das Letztere erstreckt [1]).

Die zweite Gesetzesstelle, auf welche sich Claproth stützt, die Nov. 73. Cap. 8. [2]) schreibt vor, daß, wenn der Contrahent ein Idiot ist, zur

---

omissa non vitiat), so läßt sich mit Recht entgegensetzen, es sey grade von Wichtigkeit, daß dieses geschieht. Denn grade die Unterzeichnung des Handzeichens ist rechtlich der Namensunterschrift der Erben gleich, und so wie diese ein wesentlicher Akt ist, weil er Beurkundung der Willensmeinung ist, so ist dasselbe hinsichtlich des Handzeichens der Fall.

1) Auch die Betrachtung möchte sich geltend machen, daß das Zeichen des Kreuzes, welches das Gesetz als Handzeichen vorschreibt, die Religiosität anspricht, und wie eine Anrufung des höchsten Wesens zur Bekennung der Wahrheit auffordert, also zur Erklärung über seine Aechtheit.

2) Oportet vero in iis, qui litteras nesciunt, et testes et omnino tabularios adhiberi, in quibus locis sunt tabularii, maxime autem testes non ignotos contrahentibus et quidem scribant pro illitterato aut paucas litteras sciente, alii vero attestentur: quia etiam praesentibus eis haec gesta sunt et scierunt eum: et ita talium instrumentorum suscipiatur fides, manifestum existens, quia non minus quam quinque testes in his talibus adhibendi sunt; inter quos erit et qui scribit pro contrahente aut totum aut post ea, quae post paucas litteras illius posita sunt, quatenus nihil omittatur de summa subtilitate."

Claproth bezieht sich auch außerdem noch auf die Auth. sed novo jure Cod. si certum petatur (4, 2.). Allein diese ist aus der Nov. 73. Cap. 8. genommen, und kommt also in keine besondere Berücksichtigung.

Daß diese Vorschrift der Novelle keinen besondern Werth mehr habe, lehrt mit Andern

Stryk: De caut. contr. Sect. I. Cap. VI. §. 18.
Leyser: Medit. ad Pand. Sp. 271. Med. 4.

Ausfertigung der, von ihm über das Rechtsgeschäft auszustellenden Urkunden ein Notar (tabularius) nebst Zeugen zugezogen werden solle, die namentlich in dem Fall, wenn derselbe die Urkunde durch ein Handzeichen unterzeichnen will, auch zu dem Zweck dienen sollen, um die Aechtheit desselben zu beurkunden. Aber grade diese Vorschrift wendet sich zur Widerlegung der Lehre von Claproth an. Denn sie geht grade von der Annahme aus, daß das Handzeichen als ein sinnlicher Act des freien Willens und der Documentirung desselben, als Unterzeichnung der Urkunde gelten soll. Es wäre nicht einzusehen, warum seine Aechtheit constatirt werden solle, wenn es von keiner rechtlichen Bedeutung, eine Handlung wäre, auf welche nichts ankommt.

Aber auch abgesehen hiervon, widerlegt sich die Theorie Claproths aus dem Geist des Gesetzes und der Tendenz des Gesetzgebers. Es beurkundet eine Sorge des, auch in andern Gesetzesstellen auf den Beweis der Aechtheit einer Privaturkunde Bedacht nehmenden [1]) Gesetzgebers, der keineswegs die Absicht ausspricht, das Gesetz aufzuheben, welches die Ausstellung einer Privaturkunde mit Ausschließung der Zuziehung von Zeugen gestattet [2]), für den Beweis. Aber eben darum, weil ihm so sehr daran gelegen ist, läßt sich nicht annehmen, daß es in seiner Absicht liegt, dem Beweisführer dadurch in den Weg zu treten, daß er eine Privaturkunde, welche blos das Handzeichen der Contrahenten zeigt, nicht für geeignet hält, um den Producten zur Erklärung über dessen Aechtheit zu verbinden. Indem in dem Gesetz die Sorge für die Aufrechthaltung des materiellen Rechts [3]) durch

1) Heffter Instit. des Civilprozesses S. 214.

2) Heffter ebendas.
Const. 11. Cod. qui pot. in pign. (8, 18.) „sive testibus adhibitis, sive non."

3) L. 1. Cod. plus valere (4, 22.) „rei veritas — per spici debet."

Herstellung des Beweises athmet [1]), verräth es eine ganz falsche Auffassung desselben, wenn man in ihm die Begründung eines Rechtssatzes sucht, der dem Producten erlaubt, dem Beweisführer die Führung des Beweises zu erschweren, oder, eben weil demselben der Beweis durch Schriftvergleichung leicht nicht zu Gebote steht [2]), unmöglich zu machen, indem es ihn von der Erklärung über die Aechtheit einer Urkunde darum befreit, weil der, welcher sie ausstellte, zufällig ein Idiot ist, und der, welchem sie ausgestellt wurde, entweder treuherzig genug war, sich mit dem Handzeichen des Ausstellers zu begnügen, oder grade keine Gelegenheit hatte, Urkundspersonen zuzuziehen [3]). Im Gegentheil läßt sich annehmen, daß der Gesetzgeber an die Nichtbeobachtung seiner Vorschrift nur die Folge knüpfen wollte, die sich nothwendig daran knüpft, und die er eben deßwegen nicht ausdrückte, die, daß der Producent genöthigt sey, es darauf ankommen zu lassen, ob der Product die Aechtheit anerkenne. Die Gefahr, in der er sich dadurch befindet, daß es nicht

---

1) Auch dann, wenn der Aussteller der Privaturkunde im Schreiben erfahren, und im Stande ist, die Urkunde förmlich zu unterschreiben, sollen Urkundspersonen zu der Ausstellung zugezogen werden.
L. 17. Cod. si cert. pet. (4, 2.)
Nov. 73. Cap. 1. 2. 4.
Heffter Instit. S. 214.

2) Pratobevera Mater. Band 4. S. 85

3) Wenn der Gesetzgeber die Fertigung einer Urkunde mit Beurkundungsformen umgiebt, indem er z. B. Zuziehung von Zeugen vorschreibt, ohne ausdrücklich auszusprechen, daß an die Nichtbeobachtung die Verwerflichkeit der Urkunde überhaupt gebunden sey, so ist anzunehmen, daß er die Beobachtung der Form nur zum Zweck der Herstellung des vollständigen Beweises gefordert habe. Die Urkunde bleibt gültig, wenn auch die vorgeschriebene Form nicht beobachtet wurde.
Pratobevera a. a. O. S. 74. 75.
Die Nov. 73. Cap. 8. hat aber an die Nichtbeobachtung der von ihr vorgeschriebenen Beurkundungsform die Verwerflichkeit der Urkunde selbst nicht geknüpft.

in seiner Macht steht, die Aechtheit darzuthun, und die dadurch gesteigert wird, daß der Product sich leichter zur Abläugnung entschließt, indem es ihm schwerer wird, die Aechtheit eines Handzeichens als die einer förmlichen Namensunterschrift zu erkennen, ist der Nachtheil, dem der Producent ausgesetzt ist. Keineswegs soll ihm aber jedes Hülfsmittel abgeschnitten werden, indem er nicht berechtigt seyn soll, die Gewissenhaftigkeit des Producten anzusprechen und von demselben eine Erklärung über die Aechtheit der Urkunde zu verlangen, dieser vielmehr sich derselben durch den Einwand zu entziehen befugt seyn soll, daß sie irrecognoscibel sey.

§. 5.

Wollte man aber auch annehmen, daß die von Claproth angeführten Gesetzesstellen für seine Theorie sprächen, so wäre damit kein weiteres Resultat gewonnen, als das, daß das römische Recht solche Urkunden, die mit einem bloßen Handzeichen unterzeichnet seyen, als irrecognoscibel erscheinen läßt. Es bleibt noch immer die Frage übrig: Hat diese Bestimmung des römischen Rechts überhaupt in Deutschland Eingang gefunden. Die Verneinung dieser Frage scheint kein Bedenken zu haben.

Im Mittelalter bildete sich, und zwar noch vor Einführung des römischen Rechts [1]), bei dem Verfall der Schreibkunst auch in Deutschland der Grundsatz, daß das Siegel die Stelle der Unterschrift annehmen könne, indem eine Urkunde, mit dem Siegel dessen versehen, der seinen Namen nicht schreiben könne und sie doch auszufertigen habe, schon dadurch als gehörig ausgestellt angesehen werden solle [2]). Dieser Grund-

---

1) Schon unter den fränkischen Königen.
Spangenberg a. a. O. S. 236. 237.
Karl d. Große bediente sich des Siegels am Heft seines Schwertes.

2) Mittermaier: Was hat der deutsche Prozeß im Ganzen rc. Archiv für die civ. Paris Band 12. S. 363.

satz [1]) erhielt sich aufrecht, auch, nachdem das römische Recht im Ganzen Eingang in Teutschland gefunden hatte [2]), und ließ so eine Bestimmung desselben nicht practisch werden [3]), welche, von dem Gesetzgeber für ein verdorbenes Zeitalter berechnet [4]), in einem andern Zeitalter, dessen Sitten unverdorben waren, keinen Anklang fand [5]).

Pratobevera Materialien Band 4. S. 14. Not. **
Spangenberg a. a. O. S. 236.
v. Bülow u. Hagemann Pract. Erört. Band 3. S. 386. Not. d.
Gatterer: Practische Diplomatik. Göttingen 1799. S. 166. „Das bloße Siegel selbst gilt schon als Unterschrift und muß dafür gelten. Dieser Satz wird in der Diplomatik wie ein Axiom geachtet" Dessen Abriß der Diplomatik. Göttingen 1798. S. 160. „Die Siegeln ersetzen auch den Mangel der Unterschriften und Zeugen."
Heineccius: Elementa juris germanici Tom. II. Lib 3. §. 213.

1) Aus ihm entwickelte sich die Lehre vom Editionseid. Mittermaier a. a. O.

2) Spangenberg a. a. O. S. 238.
Lemoine und Betteney: Practische Anweisung zur Diplomatik. Aus dem Französischen. Nürnberg 1776. S. 91.
Gatterer: Elementa artis diplomaticae universalis. P. I. Goett. 1765. §. 322.
Kaiser Sigismunds Reformation II. 15.
„Man soll wissen, daß im geistlichen und weltlichen Stande alle Dinge bestätigt und befestigt sind mit dem Insiegel und es bezeichnet auch alle Wahrheit, wenn eine Sache verbrieft ist, so soll es bestätigt werden mit dem Zeichen der Wahrheit daß ist das Insiegel."
Das canonische Recht kennt den Grundsatz.
Cap. 2. pr. de officio ordinarii in VIto (1, 16.)
„vel patentibus litteris sigillorum suorum."
und in Sachsen ist er zum positiven Gesetz erhoben.
Mevius Decis. P. II. Dec. 60. Not. 2.

3) Heffter a. a. O.

4) Nov. 73. in praefat. „innumeras invenimus falsitates".

5) Leyser Medit. ad Pand. Sp. 271. Med. 4. „Quae solennitas" (Nov. 73. Cap. 8.) „seu, ut ab ipso Justiniano vocatur, subtilitas, prisco seculo fraudibus et falsis magis, quam

Ueberdieß sind alle Rechtslehrer einstimmig der Ansicht, daß eine Urkunde, mit dem Siegel dessen versehen, von dem sie herrühren soll, als gehörig ausgefertigt[1]), und darum als recognoscibel anzusehen sey, besonders, wenn der, welcher sie ausstellte, nicht schreiben kann[2]). Dieser Rechtssatz

---

nostrum, obnoxio conveniens nostris vicinarumque gentium moribus recepta nunquam fuit".
Pratobevera Mater. Band 4. S. 12.

1) Malblanc Princip. jur. rom. Tom. II. Sect. 2. §. 603.
Lauterbach Colleg. theor. pract. L. 22. Tit. 4. §. 53. „Paria sunt, scribere, subscribere et sigillare."

2) Mevius Decis. P. II. Dec. 60.
„subsistit — mandatum, etsi vel solo mandantis sigillo fuerit corroboratum, modo constet, esse illius sigillum."
Dessen Consil. posth. Cons. 90. §. 9.
Strube: Rechtliche Bedenken. Th. 4. Bd. 77.
Klock Relat. camer. No. 108.
Hoeping de jure sigillorum. Cap. XI. No. 10.
Struv Syntagma juris civil. l. c. S. 205. 206.
Stryk de jure analphab. Cap. IV. §. 17.
Ders. de caut. contr. Sect. I. Cap. 6. §. 19.
Brunnemanni Consilia. Cons. 79. §. 23.
„sigillum ipsum vicem subscriptionis habet."
Ders. Comment. ad Cod. L. 4. Tit. 51. ad leg. 2. §. 2.
Carpzov Decis. dec. 27. §. 2. 28. §. 18—20.
Ders. Proc. Tit. 14. art. 2. 12. 24. seq.
In seiner angeführten Schrift: Rechtswissenschaft von Eingeh. der Vertr. §. 48. lehrt Claproth, daß die Adhibirung eines Stempels, der den Namen des Ausstellers der Urkunde enthält, der wirklichen Unterschrift gleich stehe. Es scheint also, als ob er, da ein solcher Stempel ganz den Charakter eines Siegels an sich trägt, mit den übrigen Rechtslehrern gleicher Meinung hätte seyn müssen. Allein er lehrt in seiner Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Prozeß §. 234. Not. a. gegen alle anderen Rechtslehrer, daß ein bloßes Siegel ohne Unterschrift die Urkunde als mangelhaft erscheinen lasse. Zur Begründung dieses Satzes bezieht er sich auf Strube: Rechtliche Bedenken Th. 4. Bd. 77. Allein dieser Schriftsteller lehrt, daß das bloße Siegel nur dann zur Ausfertigung der Urkunde unzulänglich sey, wenn der Aussteller derselben schreiben könne, daß aber, wenn er nicht schreiben könne, das bloße Siegel zureiche.

rechtfertigt die Annahme, daß auch eine solche Urkunde eines Idioten recognoscibel sey, welche blos mit dessen Handzeichen unterzeichnet ist. Denn wenn ein sinnliches Zeichen, das, als künstlich, gleichsam nur symbolisch die Unterzeichnung des Ausstellers der Urkunde vorstellen soll und die Möglichkeit des Unterschleifes nicht ausschließt, indem zu ihrer Existentwerdung eine dritte Person thätig seyn kann, die Urkunde als recognoscibel erscheinen läßt, so muß als solche um so mehr ein Document angesehen werden, welches mit einem, unmittelbar aus der Feder fließenden Handzeichen des angeblichen Ausstellers unterzeichnet ist. Denn dieses Handzeichen enthält, seine Aechtheit vorausgesetzt, zu deren Ermittelung ja die Verbindlichkeit zur Recognition führen soll, die Gewißheit, daß nur der bei der Ausfertigung der Urkunde concurrirt haben konnte, der als ihr Aussteller zur Sprache kommt, während es bei der Untersiegelung factisch, d. h. der, dadurch begründeten, Präsumtion gegenüber, ungewiß ist, ob von dem, dessen Siegel sich unter der Urkunde befindet, die Untersiegelung herrührt, ob er sie selbst vornahm oder mit seinem Willen vornehmen ließ oder nicht.

§. 6.

Zum Ueberfluß läßt sich, abgesehen von dieser Analogie, geschichtlich nachzeigen, daß es im Mittelalter gebräuchlich war, Privaturkunden statt durch Untersiegelung, auch durch bloße Handzeichen [1]), Unterkreuzung, Monogramme u. s. w. auszustellen [2]), und die Richter solche Urkunden als recog-

1) Mevius Consil. post. Cons. 90. §. 8. „Veterum mos constat, quod subscribere soliti non fuerint, sed tantum subsignare in argumentum constantiae, in fidem tanquam signo contenti."

2) Spangenberg a. a. O. S. 210 Die Ausfertigung der Urkunde geschah entweder durch Untersiegelung oder durch Unterzeichnung des Handzeichens oder durch beides zugleich.

Heineccius: Elementa juris germanici Tom. II. Lib. 3. §. 205. Not. 1

noscibel ansahen, besonders wenn das Handzeichen in einer Unterkreuzung bestand [1]), die einem Eid gleich geachtet wurde. Es stellt sich also der römischen Vorschrift unmittelbar ein Gewohnheitsrecht [2]) entgegen, und obgleich in späteren Zeiten diese Unterzeichnungsart seltener wurde, so bietet sich doch kein positiver Grund dar, aus dem anzunehmen wäre, daß es untergegangen sey und Urkunden, mit einem bloßen Handzeichen unterzeichnet, verwerflich [3]) und irrecognoscibel seyn sollten. Namentlich ist das Ausstellen von Urkunden durch Unterkreuzung immer üblich geblieben, indem dieses Handzeichen der eigenhändigen Unterschrift gleich geachtet wird [4]). Nur zeigt die tägliche Erscheinung, daß der, welchem eine so unterkreuzte Urkunde ausgestellt wird, wegen des Beweises der Aechtheit für amtliche Beglaubigung besorgt zu seyn pflegt. [5]).

---

1) Gatterer Abriß der Diplomatik. Göttingen 1798. §. 90. „Kreuze, die man sowohl zu eigenen als fremden Unterschriften setzte, gelten soviel, als wörtliche Unterschriften selbst."

2) Huber: Praelectiones juris civ. (editio quarta Francof. et Lips. 1749.) S. 1131. „apud nos id uso tacito sic inolevit, ut signa notaevae, quas pingunt rustici simplicesque mortales, indistincte pro litteris valeant."

Struv Syntagma juris civilis I. c. p. 212. „Solenne est rusticis et aliis litterarum imperitis, notulas instrumentis apponere, quae eorum consensum arguunt et locum subscriptionis cedunt fidemque faciunt, hanc illorum esse scripturam."

(3 Mevius: Cons. l. c. §. 9. „Sufficit de jure solum sigillum seu subsignatio, quae verae subscriptionis est, eandemque vim habet."

Hert: Cons. et Resp. Tom. I. p. 735.

Struv: Synt. jur. civ. l. c. p. 206. „non prius consetur negotium perfectum, quam scriptura sit — subscripta, aut loco subscriptionis sit subsignata."

4) Harprecht: Responsa. Resp. 76. §. 132.

Spangenberg a. a. O. S. 213. 214.

Das Gegentheil lehrt Hert: Cons. et resp. I. 8.

5) Eichhorn lehrt in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht,

§. 7.

Man wende nicht ein, eine blos mit dem Handzeichen eines Idioten ausgefertigte Urkunde sey darum irrecognoscibel, weil dieser meistens auch nicht Geschriebenes lesen könne, und so seine Unfähigkeit, von dem was er unterzeichnen solle, Kenntniß zu nehmen, dazu führen könne, daß er eine Urkunde ausstelle, die er nicht ausstellen wolle, also den Betrug und den Unterschleif erleichtere. Erstens tritt diese Gefahr eben so gut bei Ausfertigung solcher Urkunde ein, die von einem Idioten durch Beidrückung seines Siegels ausgestellt worden, während diese doch als recognoscibel angesehen werden. Zweitens ist anzunehmen, daß dem, der eine Urkunde unterzeichnet, bekannt ist, welche Folge diese seine Handlung hat. Denn es ist eine Rechtswahrheit, daß der, der eine Handlung vornimmt, eo ipso sich bereit erklärt, sich die Folgen gefallen zu lassen, die nothwendig aus dieser Handlung fließen, und die nothwendige gesetzliche Folge der Unterzeichnung einer Urkunde besteht darin, daß, weil die Unterzeichnung das gesetzlich zureichende Zeichen ist, wodurch das Einverständniß mit dem Inhalt sich äußert, der Aussteller das für wahr erklärt, was die Urkunde ausspricht[2]). Zur Ermittelung dieser rechtlichen Wahrheit ist aber die Erklärung über die Aechtheit als Bedingung der Ueberzeugung des Richters von dieser Wahrheit erforderlich, die Urkunde recognoscibel[2]).

Göttingen 1823. S. 213. §. 94. Not. b., bei Personen, welche des Schreibens unerfahren, habe die Praxis an die Stelle der Bestimmungen des römischen Rechts (Nov. 73. Cap. 8. Auth. sed novo jure Cod. si cert. pet.) die Zuziehung eines Notars mit zwei Zeugen eingeführt. Allein sollte dieses auch Praxis seyn, (als Gewährsmann führt Eichhorn blos Leyser an) so geht diese doch auf keinen Fall so weit, daß, wenn keine Urkundsperson zur Fertigung des Instruments zugezogen worden seyn sollte, dasselbe verwerflich und irrecognoscibel sey.

1) Mevius Cons. posth. Cons. 4. §. 108.

2) S. allg. jur. Zeitung a. a. O. S. 363.

In Anwendung allgemeiner Grundsätze bleibt dem Aussteller, um die, dem Richter dadurch gegebene, sich auf einen Schluß gründete, rechtliche Gewißheit [1]) aufzuheben, nichts übrig, als durch einen Gegenbeweis [2]) darzuthun, daß factisch [3]) die Bedingung der Anerkennung des Inhalts der Urkunde fehlt, indem ihm entweder der Inhalt derselben, z. B. weil er denselben nicht habe lesen können und ihm dieser auch nicht vorgelesen worden sey, nicht bekannt geworden [4]), oder ihm ein anderer Inhalt, als der wirkliche [5]), vorgespiegelt worden und er so zur Unterzeichnung inducirt worden sey [6]).

---

1) Mevius l. c. Cons. 165. 143.
Lauterbach Coll. theor. pract. L. 22. Tit. 4. §. 45.
Wernher Observ. T. I. P. III. Obs. 135.

2) Hert Cons. et Resp. Tom. I. p. 731.
Titius jus privatum Lib. II. Cap. 12. §. 28.
Cramer Observ. jur. univ. Tom. III. Obs. 940.
Schneider vom Beweis §. 212. und Anmerk. XLIX. S. 491.
Heffter Instit. S. 218.

3) Tit. et §. 1. Cod. (4, 22.)
„Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.“
„In contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet.“
Leyser Medit. ad Pand. Sp. 132. Med. 7. 8.

4) Struv Syntagma juris civilis l. c. „ut sigillatio vim approbationis consensus et voluntatis habeat, requiritur, ut signum opponens scripturam istam viderit, legerit et intellexerit, non autem, si alii fidem habuerit, quae tamen lectio et cognitio in dubio facta praesumitur.“
Coler. De processu executivo p. 3. C. 1. Not. 130.
Harpprecht. Responsa Resp. 66. §. 42.
Besold Thes. pract. sub voce: Handunterschrift.
Mascard De probat. Concl. 1348. No. 19.
Vultejus. Consil. Marburg Vol. 4. Cons. 12. No. 63.

5) Pratobevera Mater. a. a. O.

6) Allg. jur. Zeit. a. a. O.
Sollte, abgesehen von allen andern Gründen, die Vorschrift des römischen Rechts, die jede, blos mit einem Handzeichen unterzeichnete, Privaturkunde zur Irrecognoscibilität verdammen soll, nicht

schon dadurch ihre Anwendbarkeit verloren haben, daß der Diffessionseid, den das römische Recht nicht kennt und die deutsche Gerichtspraxis eingeführt hat,

Linde Lehrb. §. 288.

Heffter Instit. S. 365.

Goldschmitt Abhandlungen N. 8.

gemeinrechtlich wurde? *]. Nach römischem Recht brauchte der Product nur zu erklären, daß er die Urkunde nicht anerkenne, und der Producent war genöthigt, die Aechtheit derselben zu beweisen. Daher die Sorge des Gesetzgebers für diesen Beweis. Seit der Einführung des Instituts des Diffessionseides ist aber der Product für den Fall seines Abläugnens der Aechtheit der Urkunde zu deren eidlichen Abläugnung genöthigt und so steht eine neue, für ein Beweismittel (in so weit der Eid überhaupt Beweismittel ist) sorgende, dem Producenten hauptsächlich auch dadurch günstige Vorschrift, daß sie dem Producten keine Gewissensvertretung gestattet **], dem, eben dahin (auf Beweis) gerichteten, älteren Gesetz entgegen.

*] Für die Bejahung scheint sich der Verfasser der Bemerkungen über die Const. 17. Cod. si cert. pet. (4, 2.) in der Nummer 89. der allg. jur. Zeit. v. Jahr 1829. entschieden zu haben.

**] Linde Lehrbuch §. 288.

XIII.

Vom Eid über Glauben, als Beweismittel im bürgerlichen Prozeß.

Von dem
Herrn Hofgerichtsadvocaten Rühl in Darmstadt.

Unter die Mittel im bürgerlichen Prozeß, den zur Ueberzeugung des Richters von dem rechtlichen Begründetseyn eines Anspruchs erforderlichen Beweis zu führen, gehört bekanntlich auch der Eid, den der Beweisführer seinem Gegner dahin anträgt, daß letzterer die von ihm behauptete Unwahrheit der den Beweissatz ausmachenden Thatumstände beschwören solle. Der Gebrauch dieses Mittels hängt natürlich, gleich jedem andern, von dem Willen des Beweisführers ab, erzeugt aber unter den Partheien gegenseitig folgende verpflichtende Wirkungen: Der Gegentheil des Beweisführers ist nämlich verbunden, den ihm angetragenen Eid entweder anzunehmen und abzuleisten, oder dem Antragenden über die von diesem behauptete Wahrheit der Thatumstände des Beweissatzes zurückzuschieben [1], oder endlich den Ausweg der Gewissensvertretung durch Beweis einzuschlagen, indem er dasjenige, was er beschwören soll, durch andere

1) Fr. 34. pr. §. 6. 7. 9. Fr. 38. D. (12. 2.)

schon dadurch ihre Anwendbarkeit verloren haben, daß der Diffessionseid, den das römische Recht nicht kennt und die deutsche Gerichtspraxis eingeführt hat,

Linde Lehrb. §. 288.

Heffter Instit. S. 365.

Goldschmitt Abhandlungen N. 8.

gemeinrechtlich wurde? *]. Nach römischem Recht brauchte der Producent nur zu erklären, daß er die Urkunde nicht anerkenne, und der Producent war genöthigt, die Aechtheit derselben zu beweisen. Daher die Sorge des Gesetzgebers für diesen Beweis. Seit der Einführung des Instituts des Diffessionseides ist aber der Product für den Fall seines Abläugnens der Aechtheit der Urkunde zu deren eidlichen Abläugnung genöthigt und so steht eine neue, für ein Beweismittel (in so weit der Eid überhaupt Beweismittel ist) sorgende, dem Producenten hauptsächlich auch dadurch günstige Vorschrift, daß sie dem Producten keine Gewissensvertretung gestattet **], dem, eben dahin (auf Beweis) gerichteten, älteren Gesetz entgegen.

*] Für die Bejahung scheint sich der Verfasser der Bemerkungen über die Const. 17. Cod. si cert. pet. (4, 2.) in der Nummer 89. der allg. jur. Zeit. v. Jahr 1829. entschieden zu haben.

**] Linde Lehrbuch §. 288.

XIII.

Vom Eid über Glauben, als Beweismittel im bürgerlichen Prozeß.

Von dem
Herrn Hofgerichtsadvocaten Rühl in Darmstadt.

Unter die Mittel im bürgerlichen Prozeß, den zur Ueberzeugung des Richters von dem rechtlichen Begründetseyn eines Anspruchs erforderlichen Beweis zu führen, gehört bekanntlich auch der Eid, den der Beweisführer seinem Gegner dahin anträgt, daß letzterer die von ihm behauptete Unwahrheit der den Beweissatz ausmachenden Thatumstände beschwören solle. Der Gebrauch dieses Mittels hängt natürlich, gleich jedem andern, von dem Willen des Beweisführers ab, erzeugt aber unter den Partheien gegenseitig folgende verpflichtende Wirkungen: Der Gegentheil des Beweisführers ist nämlich verbunden, den ihm angetragenen Eid entweder anzunehmen und abzuleisten, oder dem Antragenden über die von diesem behauptete Wahrheit der Thatumstände des Beweissatzes zurückzuschieben [1]), oder endlich den Ausweg der Gewissensvertretung durch Beweis einzuschlagen, indem er dasjenige, was er beschwören soll, durch andere

1) Fr. 34. pr. §. 6. 7. 9. Fr. 38. D. (12. 2.)

Mittel zu beweisen sich erbietet [1]). Unterläßt es der Gegentheil des Beweisführers, irgend einen dieser drei ihm zu Gebote stehenden Auswege, binnen der ihm dazu richterlich gesetzten Frist, zu wählen, so wird der angetragene Eid als von ihm verweigert betrachtet und die Wahrheit der Thatumstände des Beweissatzes, als von ihm zugestanden, der richterlichen Entscheidung zum Grunde gelegt [2]). Wählt er den Ausweg der Annahme des Eides, so ist er befugt, die wirkliche Ableistung desselben von der Bedingung abhängig zu machen, daß der Antragende zuerst den Calumnieneid schwöre [3]); wogegen im Fall der Wahl des Auswegs der Zurückschiebung, der Antragende unbedingt zur wirklichen Ableistung des zurückgeschobenen Eides, unter dem Rechtsnachtheil verbunden ist [4]), daß widrigenfalls der Beweis zu seinem Nachtheil für verfehlt erachtet wird.

Dieses Eides (Versicherungseid) pflegt man drei verschiedene Arten zu unterscheiden, je nachdem nämlich derselbe gerichtet ist; a) auf die Wahrheit selbst, des Beweissatzes (juramentum veritatis), oder b) auf das Wissen (juram. scientiae), oder gar c) auf das bloße Glauben dessen, der schwören soll, hinsichtlich jener Wahrheit (juram. credulitatis). Von diesen verschiedenen Arten des Eides soll ins-

---

1) Malblanc, doctrina de jurejurando. §. 59. — Gönner Handb. d. deut. gem. Proz. B. II. Abh. 48. — Linde, Lehrb. des deut. gem. Civilproz. 2te Ausg. §. 308. — Der in der Praxis anerkannte Ausweg der Gewissensvertretung durch Beweis rechtfertigt sich indirect gesetzlich theils durch die Vorschrift des kanon. R. in cap. 2. X. de probat. (2, 19.) wonach nur dann, wenn andere Beweismittel fehlen, der Eid in Anwendung kommen soll, — theils durch die Bestimmung des röm. R. in Fr. 31. D. (12, 2.), wornach sogar eine durch Eid bereits entschiedene Sache, im Fall neu aufgefundener Beweise, von neuem zur Entscheidung gebracht werden kann.

2) Fr. 34 §. 6. 7. cit.

3) Fr. 34. §. 4. cit.

4) Fr. 34. §. 7. cit.

besondere die letzte, über Glauben, dann statt finden, wenn Handlungen dritter Personen, namentlich des Erblassers des Delaten, Gegenstand der Beweisführung sind. Ob nun gleich neuere Rechtslehrer diesen Glaubenseid, als ein, die Ueberzeugung des Richters binden sollendes Beweismittel, durchaus verwerfen [1]), so hat er doch unter den ältern nur Vertheidiger, und dadurch in der Praxis allgemeine Aufnahme gefunden [2]), daher auch seiner in den neusten Lehrbüchern des deutschen gemeinen Civilprozesses als eines gebräuchlichen Beweismittels Erwähnung geschieht [3]).

Wir treten der Meinung derjenigen bei, welche den Glaubenseid unbedingt für verwerflich erkennen, und wir halten dafür, daß durch denselben nicht nur das Recht, sondern auch

---

1) Tevenar, Theorie der Beweise im Civilproz. S. 88. — Globig, Theorie der Wahrscheinlichk. Th. 2. Absch. 5. S. 118. — Schneider, vollständ. Lehre vom rechtl. Beweise. S. 449. — Glück, Comment. B. IV. §. 797. — Malblanc doctrina de jure jurando. Tub. 1820. § 44. — Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigk. §. 94. — Mühlenbruch, Entwurf des gemeinrechtlichen und preußischen Civilproz. S. 193. §. 430. — Reinhard, Handbuch des gem. deut. ord. Proz. Th. 2. §. 238. — Bayer, Vorträge über den gem. ord. Civilproz. S. 393.

2) Ludovici, Einleit. zum Civilproz. Cap. 19. §. 33. — Claproth, Einleit. in. d. ord. bürg. Proz. §. 323. — Pufendorf observat. jur. univers. T II. obs. 152. T. IV. obs. 97. — Cramer obs. jur. univ. T. IV. obs. 1020. — Mevius decisiones. P. I. decis. 161. P. IV. decis. 121. P. VI. decis. 277. P. VII. decis. 238 260. not. 5. — Leyser meditat. ad Pand. Vol. I. spec. 54. Nr. VIII. Vol. V. sp. 365. Nr. IV. V. — Cocceji jur. civ. controv. P. I. quaest. 43. S. 612. 613. — Struben rechtl. Bed. Th. I. Bd. 170. S. 300. — Hellfeld jurisprud. forensis §. 797. — In welchen Fällen insbesondere der bairische Prozeß den Glaubenseid zuläßt, s. v. Wendt vollständ. Handb. des bair. Civilproz. Nürnberg 1827. §. 106. 133.

3) Martin, Lehrbuch des teutschen gem. bürg. Proz. 10te Ausg. 1827. §. 224. Note k. — Linde, Lehrb. des deut. gem. Civilprozesses, 2te Ausg. 1828. §. 301.

die Sittlichkeit wesentlich gefährdet werde; wir wollen daher versuchen, zuerst die natürlichen Gründe dieser Ansicht zu entwickeln, und sodann sehen, ob denselben etwa entscheidende gesetzliche Gründe entgegen sind.

Wenn Jemanden im Prozeß der Beweis eines Thatumstandes auferlegt wird, so geschieht dieß bekanntlich darum, weil die Wahrheit dieser Thatsache die Bedingung ist für die richterliche Zuerkennung des von ihm behaupteten Rechts oder der von ihm behaupteten Befreiung von einer Verbindlichkeit. Nun sind aber die Wahrheit einer Thatsache und der Glaube oder Nichtglaube der einen oder andern Parthei an diese Wahrheit, durchaus verschiedene Dinge, wovon eins ohne das andere besteht, und es wird daher durch diesen Glauben oder Nichtglauben über jene Wahrheit selbst nichts entschieden. Demnach würde der Producent, welcher anstatt der zu beweisenden Thatsache, den Glauben des Gegentheils an die Wahrheit derselben zum Gegenstand der Eideszuschiebung, mithin der Beweisführung selbst, machte, das Beweis*thema* wesentlich umwandeln und etwas zu beweisen unternehmen, wovon sein Anspruch gar nicht abhängig ist. Dieses brauchte sich der Gegentheil eben so wenig gefallen zu lassen, als es der Richter, für dessen Ueberzeugung der Beweis geführt wird, der daher darauf zu sehen hat, daß die Beweisführung nur auf das rechtlich Entscheidende gerichtet sey, gestatten dürfte [1]). Ja dieses letztere dürfte sogar dann keine Ausnahme erleiden, wenn beide Partheien übereinkommen, anstatt des rechtlich bestimmten Beweissatzes, die Entscheidung von dem Eidschwur der einen Parthei über das, was sie glaubt, abhängig zu machen [2]), weil nach der Regel: judici fit probatio,

---

1) Gönner Handb. B. II. S. 258. §. 10. S. 508 u. 509. §. 6.

2) Malblanc l. c. — Mühlenbruch a. a. O. — A. M. sind Schneider a. a. O. — Grolman a. a. O. — Glück a. a. O. — Reinhard a. a. O. — Bayer a. a O.

der Richter nur das als Gegenstand der sein Urtheil bestimmenden Beweisführung rechtlich gelten lassen kann, was wirklich rechtlich entscheidend ist; weil ferner der christliche Richter keine unnöthigen Eidschwüre zulassen soll [1]), das Recht der Partheien aber, sich zu vergleichen, wenigstens der Beschränkung unterliegen mögte, daß der Vergleich nicht auf eine bloße Wette hinauslaufe, die, indem sie Eidschwüre zum Gegenstand hat, die Interessen der Religion und Sittlichkeit gefährdet.

Eine andere Frage wäre: ob es Fälle gebe, da eine Parthei den Glauben der andern als rechtlichen Grund ihres Anspruchs geltend zu machen befugt, der Richter sonach verpflichtet wäre, diesen Glauben für einen Gegenstand der Beweisführung zu erkennen. Jedes Beweismittel ist an sich etwas blos Formelles, dessen Inhalt in dem zu beweisenden Grund des behaupteten Anspruchs, Vertrag. Delict u. s. w. besteht; es würde daher bei dem Glaubenseid der Eid an sich als Mittel des Beweises, der zu beschwörende Glaube aber als dessen Inhalt, sonach als nächster und eigentlicher Grund des erhobenen Anspruchs zu betrachten seyn. Die rechtlichen Gründe und Ursachen für die Entstehung und das Daseyn von Rechten und Verbindlichkeiten aber können nur in äußern, in die Sinnenwelt übergegangenen und dadurch objektiv bestimmten Erscheinungen und Verhältnissen bestehen, wogegen der Glaube eines Menschen so durchaus subjektiv und unbestimmt, so sehr von individuellen Neigungen und Vorurtheilen abhängig, oft so sehr mit der Wahrheit im Widerspruch, oder davon abweichend ist, daß man für die Begründung von Rechten und Verbindlichkeiten nichts Trüglichers, nichts Richtigerers aufzufinden vermögte, und, je nachdem der individuelle Charakter und die Seelenkräfte eines Menschen zufällig mehr oder weniger ge-

1) Cap. 26. X. (2, 24.)

neigt und bestimmbar wären, zu glauben, was gegen ihn behauptet werden mag, könnte sein Gewissen mehr oder weniger zu Täuschungen und Beeinträchtigungen gegen ihn mißbraucht werden, mit Verletzung der Rechtsregel: daß Niemand wegen seiner innern Gedanken vor dem äußern Forum verantwortlich seyn soll [1]). Dazu giebt es eine Menge Fälle, wo es an allem Grunde gebricht, etwas Bestimmtes zu glauben, wo es daher der verwerflichste Gewissenszwang wäre, Jemanden mittelst Eides zu einem bestimmten Glauben zu nöthigen [2]). Endlich bietet der Glaube nach Verschiedenheit seiner innern Kraft und Stärke, viele Abstufungen und Grade dar, nämlich von der vollständigen, jeden Zweifel ausschließenden Ueberzeugung bis zu der, dem Glauben an das Gegentheil mehr oder weniger Raum gebenden Vermuthung, welche Abstufungen und Grade sich auf keine Weise erkennbar und anschaulich machen lassen, um zu bestimmen, wann jemand einen Glaubenseid schwören könne und wann er sich dessen, als strafbaren Meineides, zu enthalten habe. Es müßte daher dieses unbedingt dem subjektiven Ermessen des Schwörenden überlassen bleiben und es würde auf der einen Seite dieses Ermessen, bei der großen Schwäche der menschlichen Natur, den ärgsten Selbsttäuschungen unterworfen seyn, und der Schwörende seinem mangelhaften und schwankenden Glauben oft unbewußt, den, seinem Interesse entsprechenden, Inhalt und Richtung geben, — wogegen auf der andern Seite bei solchen, die mit gutem Gewissen geschworen,

---

1) Fr. 18. D. (48, 19.)

2) In dergl. Fällen erkennen freilich auch viele von denen, die dem Glaubenseid das Wort reden, denselben für unzuläßig und sie erfordern für dessen Statthaftigkeit das Daseyn solcher Voraussetzungen, welche dem, der schwören soll, hinlängliche Beweggründe geben müssen, etwas Bestimmtes zu glauben, s. Pufendorf observ. jur. T. II. obs. 152. — Mevius decis. P. I. decis. 161. — Coccejі jus civ. Controv. P. I. quaest. 43. — Struben rechtl. Bed. Th. I. Bed. 170.

vermöge der besondern Zartheit ihres Gewissens und der Unstätigkeit ihres Glaubens, Bedenklichkeiten und Zweifel erwachen könnten, die sie ohne Schuld beunruhigen und quälen. Es ist daher gewiß unverkennbar, wie sehr die, unter solchen Voraussetzungen auferlegte Verbindlichkeit der Einlassung auf Eidesanträge die Interessen des Rechts, der Sittlichkeit und Religiosität gefährden muß.

Was dagegen das Wissen äußerer, der Sinnenwelt angehöriger, Thatsachen und Verhältnisse betrifft, so beruht dasselbe, wie die Wahrheit, auf Objektivität und Wahrnehmung dieser, und es ist daher, in sofern jemand solchergestalt einen Umstand weiß, der ihm deßfalls zugeschobene Eid über Nichtwissen ein Eid de veritate; in sofern er dagegen den Umstand nicht weiß, bleibt freilich, im Fall der Zuschiebung und Ableistung des Eides, die Frage über die veritas unentschieden; da aber von Seiten des Deferenten das Wissen vorausgesetzt und darauf der Eid gerichtet wird, so läßt sich derselbe in diesem beschränkten Sinn als Wahrheiseid betrachten und gegen seine Statthaftigkeit nichts einwenden [1]).

Erwägen wir den Inhalt der Gesetze in Bezug auf diesen Gegenstand, so unterscheidet das römische Recht zwischen freiwilligem und zwischen nothwendigem oder richterlichem Eide [2]), wovon ersterer als Vergleichsausweg, dessen Anwendung durchaus von der freien Uebereinkunft zwischen beiden Partheien abhängt, letzterer dagegen als ein, seiner Anwendung nach, von dem Willen einer Parthei abhängiges, sodann aber, in der oben bemerkten Weise, von dem Richter mit Nöthigung gegen jede Parthei zu realisirendes Schlichtungsmittel erscheint. Ursprünglich kam der Eid, zur Schlichtung von Privatstreitigkeiten, nur

---

1) Bayer, Vortr. über d. gem. ord. Civ. Proz. S. 392.

2) S. die Ueberschr. des Tit. II. Lib. XII. Pand. sodann Fr. 1. 2. ibid.

in jener erstern Eigenschaft vor, wovon aber der Grund wohl nicht, wie Malblanc meint[1]), in einer Abneigung der Römer gegen die Richtergewalt und in der Sitte, Privatstreitigkeiten bloß unter den Partheien, ohne Dazwischenkunft der Gerichte abzuthun, sondern vielmehr darin zu finden seyn mögte, daß in den alten Gesetzen, namentlich den XII Tafeln, der Eid als Schlichtungsmittel von Privatstreitigkeiten nicht vorkam, es somit keinen Grund gab, dem Eidesantrag eine verbindende Kraft beizumessen, derselbe daher nur in der Eigenschaft als Vergleichsausweg unter den Partheien Anwendung finden konnte, was, nach natürlichen Grundsätzen, auch jetzt noch der Fall seyn würde, wenn ihm nicht die Gesetze ausdrücklich eine andere Bedeutung beigelegt hätten. Nachdem nämlich der Eidesantrag, als Vergleichsmittel von Privatstreitigkeiten, durch öfteren Gebrauch Sitte geworden war; so nahm ihn der Prätor, wie so vieles Andere, das sich zuerst durch Sitte geltend gemacht hatte, in sein Edikt auf und erhob ihn zu einem richterlichen, nothwendigen (nöthigenden) Schlichtungsmittel, indem er neben der bisherigen unverbindlichen Eigenschaft des Eidesantrags, demselben dergestalt eine verbindende Kraft beilegte, daß der Richter, auf Antrag der einen Parthei, diesen Weg der Entscheidung mit Röthigung gegen Beide einleiten konnte, denn nur hierdurch erhielt der Eid Bedeutung für das Edikt, die ihm als bloßem Vergleichsmittel offenbar gänzlich gefehlt haben würde.

Eine Folge der Eigenschaft des Eides, als Vergleichsausweges in Prozessen, war es, nach den Ansichten der Rö-

---

1) Doctrina de jure jurando. §. 35. 37. Gegen dessen Ansichten s. eine Abhandl. in Grolman's Magazin für Philosophie und Gesch. des Rechts. 1r Bd. 4s Stück. S. 429. unter dem Titel: Versuch über den willkührl. Eid außer Gericht, nebst einer Prüfung der Gedanken Malblanc's von dem historischen Ursprung und Fortgang seines Gebrauchs, — vom Advokaten Zirkler.

mer, daß er über Alles Statt fand, wovon die Partheien übereinstimmend den Ausgang ihres Streits abhängig machen wollten, mogte es auch rechtlich unerheblich [1]) oder von der Art seyn, daß der Schwörende es nicht wissen konnte [2]). Denn die, nur nach Maßgabe der Gesetze Verbindlichkeiten zuerkennende Obrigkeit, blieb bei dieser außerhalb des Gesetzes liegenden Schlichtungsart ruhige Zuschauerin und kümmerte sich weder um das, was, nach der Uebereinkunft der Partheien, geschworen werden sollte, noch ob wahr oder falsch geschworen wurde; sie überließ dieß, nach heidnischen Religionsbegriffen, lediglich den Göttern und es war daher auch eben so wenig eine Strafe des in Privatverhältnissen begangenen Meineides [3]) verordnet, als es für den durch erwiesenen Meineid Verletzten eine Klage gab auf Aufhebung und Abänderung der durch Eid bewirkten Entscheidung [4]). Diese Folgen des Eides, als Vergleichsmittel, konnten, nach Aufnahme desselben in das Edikt und Erhebung zu einem richterlichen Schlichtungsmittel, in den Gesetzen darum nicht unberührt bleiben, weil der Eid in jener erstern Eigenschaft

---

1) Fr. 39. D. (12, 2.) Si quis cum debitore suo pepigerit, ne ab eo pecunia peteretur, si jurasset: se Capitolium non ascendisse, vel aliud quodlibet fecisse vel non fecisse, isque juraverit: et exceptio jurisjurandi dari debebit, et solutum repeti poterit. Est enim justa conventio, si quaelibet causa in conditione jurisjurandi deducta fuerit.

2) Fr. 3. §. 3. D. l. c.

3) Malblanc l. c. §. 34. Not. 42. §. 42. 97. — Tacitus Annal. Lib. I. c. 73. — const. 2. C. (4, 1.) — Später wurden die mit Strafe bedroht, welche bei dem Genius des Kaisers falsch schworen.

4) Fr. 31. D. (12, 2.) Dieses Fr. unterscheidet zwischen freiwilligem und richterlich auferlegtem Eide und gestattet nur bei letzterem, im Fall neu aufgefundener Beweismittel, eine auf Abänderung der durch Eid bewirkten Entscheidung, gerichtete Klage. Das Fr. 21. D. (4, 3.) dagegen liefert hierüber die entgegengesetzten Ansichten zweier Rechtsschulen hinsichtlich des Falls eines freiwilligen Eides.

fortwährend Bedeutung behielt, es daher nöthig war, beide Eigenschaften und ihre Folgen zu unterscheiden. Als Folge des Eidesantrags in seiner letztern Eigenschaft nun findet sich in den Gesetzen verordnet, daß die Verbindlichkeit, sich darauf einzulassen, nur dann eintritt, wenn er auf Umstände gerichtet ist, deren Wahrheit der Schwörende kennt [1]). Dabei ist in den Gesetzen überall nur vom Eidesantrag über Wahrheit, nirgends über Glauben oder Wissen die Rede [2]), was sich wohl, außer den oben entwickelten natürlichen Gründen der Unstatthaftigkeit des Glaubenseides, auch dadurch erklärt, daß derjenige, welchem der Eid zugeschoben wird, zwischen Ableistung und Zurückschiebung zu wählen hat, der zurückgeschobene Eid aber auf die nämlichen Umstände gerichtet seyn

---

1) Fr. 34. pr. D. (12, 2.) — Fr. 4. pr. D. (12. 3.) — Fr. 11. §. 2. Fr. 12. 13. 14. D. (25, 2.) — Fr. 42. D. (50, 17.) Man kann hinzusetzen: „oder zu kennen verbunden ist," — was nicht bloß von eignen Handlungen des Schwörenden zu verstehen wäre, sondern auch von solchen Handlungen Dritter, wobei er zu concurriren hat und die er darum wie seine eignen zu kennen verbunden ist; z. B. jemand hat vermöge Kontrakts für einen andern an einem dritten Ort, oder an eine dritte Person, etwas zu leisten und schiebt jenem den Eid darüber zu, daß die Leistung nicht geschehen sey; so kann der Delat, unter dem Vorwand der Unwissenheit nicht die Einlassung verweigern, vielmehr ist er verbunden, sich dergestalt zu verläßigen, um zur Einlassung völlig im Stande zu seyn. Eben so, wenn jemand einer Gemeinde den Eid darüber zuschiebt, daß die zur Vollständigkeit eines zwischen ihm und der Gemeinde abgeschlossenen Geschäfts erforderliche Genehmigung der höhern Staatsbehörde nicht erfolgt sey; so kann die Gemeinde die Einlassung nicht aus dem Grunde verweigern, weil über Handlungen Dritter geschworen werden soll, sondern sie ist verbunden, diese Handlung, welche sie sogar zu erwirken und wobei sie zu concurriren hat, gleich einer eignen zu wissen und sich darüber vollständig zu verläßigen.

2) Fr. 3. §. 2. 3. Fr. 9. §. 1. 3. 5. 6. 7. Fr. 11. pr. §. 1. 2. 3. Fr. 13. pr. §. 1 — 5. Fr. 14. 23. 25. 26. §. 1. Fr. 28. §. 7 — 10. Fr. 29. 30. §. 1. 2. 4. 5. Fr. 42. D. (12, 2.) Fr. 25. §. 3. D. (22, 3.)

muß, wie der zugeschobene, was in dem Fall, da über Glauben oder Wissen desjenigen, dem der Eid zugeschoben worden, ohne offenbare Absurdität nicht möglich wäre. In so fern man aber jetzt, aus oben bemerkten Gründen, den Eidesantrag über Wissen zuläßig findet, würde damit eine Beschränkung in der Wahl der Einlassung, hinsichtlich des gesetzlichen Auskunftsmittels der Zurückschiebung zu verknüpfen seyn.

Wenn nun aber, wie oben bemerkt, das römische Recht den Eid in seiner Eigenschaft als Vergleichsmittel auch über solche Umstände gestattet, die für die richterliche Entscheidung unerheblich sind oder die der Schwörende nicht weiß noch wissen kann, so ließe sich in dieser Beziehung ohne Zweifel auch die Zuläßigkeit des Glaubenseides vertheidigen, zumal da das römische Recht auch Wetten, die der bei den Römern anerkannten Sittlichkeit nicht zuwiderliefen, für gültig erkennt [1]. Andere Grundsätze dagegen ergiebt für uns das Christenthum, welches die Sorge für Gewissen und Religiosität der Einzelnen zu einer allgemeinen Obliegenheit erhebt, so daß der Richter keine Eidschwüre gestatten darf, die, nach rechtlichen Gründen, als unerheblich und überflüßig [2], oder gar als Spiel des Leichtsinns erscheinen, vielmehr, da der Meineid sogar als strafbares Verbrechen betrachtet wird [3], verpflichtet ist, überall, wo die Gefahr eines solchen unzweifelhaft vor Augen liegt, die Anwendung des Eides zu untersagen.

Für die Zuläßigkeit des Eides über Glauben, nicht nur als Vergleichsausweg, sondern auch als richterliches Schlichtungsmittel, beruft man sich indeß auf folgende, gerade aus der Zeit des herrschenden Christenthums herrührende Gesetze:

---

1) Fr. 17. §. 5. (19, 5.) Wening-Ingenheim Lehrbuch des gem. Civilr. §. 281. a. E.

2) cap. 2. X. (2, 19.) cap. 26. X. (2, 24.)

3) c. c. Carol. art. 107. — Malblanc l. c. §. 99.

1) Anth. de his qui ingred. c. 2. (2, 59.) Dieses Gesetz handelt von dem durch Justinian eingeführten juramentum calumniae generale, welches beim Beginn jedes Prozesses sowohl der Kläger als der Beklagte, so wie beider Sachwalter, zu schwören haben und wovon die Entscheidung in der Hauptsache durchaus geschieden und unabhängig ist. Eine Ausdehnung dieses Gesetzes auf den die Entscheidung in der Sache selbst unmittelbar involvirenden zugeschobenen Eid ist daher um so mehr unstatthaft, als jenes juramentum calumniae sogar hinsichtlich seines eigentlichen Gegenstandes für eine thörigte und zweckwidrige Maßregel erkannt wird und darum in den Gerichten wenig Eingang gefunden, vielmehr, ungeachtet es der J. R. A. §. 43. bestätigt, durch Praxis und Partikulargesetze verdrängt worden ist[1].

2) Cap. 5. X. (5, 34.) welches Folgendes enthält: „wenn ein Bischof der Simonie angeklagt, jedoch nicht durch vollgültige Zeugen überwiesen wird; so soll er sich durch den Eid von der Beschuldigung reinigen und außerdem sieben Eideshelfer (compurgatores) stellen, die ihren Glauben an die Wahrheit seines Schwurs eidlich versichern.“ Hier handelt es sich also nicht entfernt von einem Entscheidungseid über Glauben, sondern von einem in Anklagsachen gegen einen Bischof durch Compurgatoren abzuleistenden Glaubenseid, welcher zur Erhaltung des Bischofs bei seinem Amte ohne Zweifel darum erfordert wurde, weil das Ansehn und der Einfluß dieses geistlichen Oberen wesentlich auf dem Glauben an seine Würdigkeit beruht. Nachdem das Institut der Compurgatoren als unpassend längst ganz verschwunden ist[2], so kann der damit zusammenhängende Glaubenseid, ohne die größte Thorheit und Folgewidrigkeit, mit dem davon so wesentlich ver-

---

1) Malblanc l. c. §. 90. 91.

2) Malblanc l. c. §. 110.

schiedenen Entscheidungseid in Civilprozessen unmöglich als gleichbedeutend und fortbestehend betrachtet werden.

3) §. 49. des J. R. A. handelt von den sogenannten Satzstücken (positiones), d. h. Behauptungen, welche im Prozeß eine Parthei der andern, zur Festsetzung des Streitpunktes, in der Form articulirter Fragen zur Beantwortung aufstellt und wobei jeder Theil sich durch den Calumnieneid verpflichtet, nur nach seiner Ueberzeugung und seinem Glauben an die Wahrheit gemäß, Thatsachen zu behaupten und auf die behaupteten zu antworten [1]). Es ist also auch hier nicht vom Entscheidungseid die Rede, vielmehr findet hierbei das hinsichtlich des Calumnieneides Bemerkte Anwendung, mit welchem diese Satzstücke ebenfalls aus der Praxis verschwunden sind [2]).

4) II. Feud. 58. in fine. Dieses verordnet: wenn Prozeß darüber entstehe, ob die Lehnsinvestitur geschehen sey oder nicht? so habe der Nachfolger des Lehnsherrn, der die Investitur vorgenommen haben solle, zu schwören: „daß er nicht glaube, daß solche von seinem Vorgänger vorgenommen worden sey.“ In so fern man nun diesem Gesetz in objektiver Hinsicht allgemein verbindende Kraft beimißt, könnte es möglicher Weise zur Rechtfertigung der Behauptung dienen, daß der Erbe hinsichtlich der Handlungen seines Erblassers zur Ableistung des Glaubenseides gehalten sey. Indeß ist diese allgemein verbindende Kraft nicht begründet, da eines Theils das longobardische Lehnrecht nur auf Lehen und die daraus entspringenden Verhältnisse Anwendung hat, nicht aber auf andere Gegenstände des Rechts, namentlich nicht auf den bürgerlichen Prozeß [3]), andern Theils aber das Feud. II. 58., insbesondere zu denjenigen Stellen des Lehn-

---

1) Linde, Lehrb. des deut. gem. Civilproz. 2te Ausg. §. 221.

2) Martin, Lehrb. des teut. gem. Civilproz. 10te Ausg. §. 318.

3) Pätz, Lehrb. des Lehnrechts §. 17. Not. m.

rechts gehört, deren Gesetzeskraft nicht anerkannt, vielmehr von der Glosse selbst bezweifelt wird [1]).

Zum Schluß diene die Bemerkung, daß die, gegen die Statthaftigkeit des angetragenen Eides über Glauben, als richterliches Schlichtungsmittel, entwickelten Gründe auch auf den Eid Anwendung haben, welcher entweder zum Zweck der Ergänzung oder der Beseitigung eines geführten unvollständigen Beweises der einen oder der andern Parthei vom Richter auferlegt wird (juramentum suppletorium und purgatorium).

---

1) Pätz a. a. O. §. 16. Not. k.

XIV.

Der Richter ist befugt, den angeblichen Aussteller einer eingereichten Urkunde, wenn er sie geschrieben zu haben läugnet, etwas im Gerichte schreiben zu lassen;

gegen den Aufsatz des Herrn geheimen Raths und Professors Mittermaier in dieser Zeitschrift.

Vom
Herrn Tribunalsrathe und Professor Schweikart
zu Königsberg.

Die hier aufgestellte Behauptung ist eine gemeine Meinung, und da ich sie als solche geltend zu machen gedenke, so wird es mir wohl vergönnt seyn, die Erfordernisse einer solchen vorher zu entwickeln.

Eine *communis opinio* in dem gewöhnlichen Wortsinne ist diejenige: quam quotidie increscere et invalescere videmus [1]); sie hat aber auch noch eine engere technische Bedeutung, in welcher sie sich, wie BALDUS [2]) mit allgemeinem Beifalle gelehrt hat, dem Gewohnheitsrechte anschließt.

1) Fr. 12. §. 27. D. de instructo (33, 7.). Man vergl. Fr. 4. pr. de his qui notant. (3, 2.) Fr. 51. pr. et §. 1. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.), der Gegensatz findet sich in Fr. 1. §. 1. D. de senat. (1, 9.).

2) BALDUS in cap. ne innitaris prudentiae tuae 5. X. de

Dieses beruht nach unsern staatsrechtlichen Verhältnissen nicht mehr auf dem, durch Handlungen ausgedrückten Willen des Volks, sondern auf dem Rechtsgefühle desselben, welches sich durch die Befolgung eines Rechtssatzes als solchen an den Tag legt, aber seinen Grund in der, wenn auch nicht mit klarem Bewußtseyn erkannten Verkettung dieses Satzes mit der Gesammtheit unserer geselligen und rechtlichen Verhältnissen hat [1]. Es ist, wie Puchta [2]) sagt, ein eingebornes, auf der natürlichen Verwandtschaft der Ueberzeugungen beruhendes Recht.

Unter dieser Voraussetzung stellt es sich gleichsam als Organ des bestehenden Rechts, durch welches sich dieses aus sich selbst entwickelt und fortbildet, dar und macht keinen Anspruch darauf, eine Causalitätsreihe von vornen zu begründen (wie doch der Wille thut und der Gesetzgeber thun kann). Durch diese Unterordnung sichert es sich seine Gültigkeit [3]), welche aber auch durch die Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt ist [4]).

---

constitut. (1, 2.), auch Bartolus in c. ult. C. de poena judicis, qui male (7, 49.).

1) Schweikart progr. de juris moribus constituti auctoritate et ratione. Marburgi 1819. 4. Blicke auf die juristische Praxis in Beziehung auf das künftige Gesetzbuch für Deutschland. Marburg 1817. S. 72. „Das geschriebene Recht schwebt in der Atmosphäre des ungeschriebenen und zieht aus demselben die Bedingungen seines Lebens. Das Gewohnheitsrecht kann nicht von positiven Gesetzen abhängen, wenn es sich auch damit putzt, weil diese selbst wieder eine Einfassung von ungeschriebenem Rechte nöthig haben würden. Seine Wurzel ist der Zeitgeist, eine übereinstimmende allgemeine Ansicht, die sich von selbst bildet und jedem natürlich ist, eine Categorientafel, in welche wir alle hineinwachsen.“ Eichhorn Einleit. in das deutsche Privatrecht §. 26.

2) Puchta das Gewohnheitsrecht 1r Th. Erlangen 1828. S. 160.

3) Biener über die historische Methode und ihre Anwendung auf das Criminalrecht, im Neuen Archiv des Criminalr. Th. X. S. 492 fg.

4) Da in so vielen Reichsgesetzen auf das Herkommen verwiesen

Dieses Rechtsgefühl entwickelt sich am reinsten und am sichersten in denjenigen, welche ihr ganzes Leben dem Geschäfte, das Recht zu finden, gewidmet haben, weshalb denn auch ihre, ursprünglich nur gutachtliche Aussprüche zum Recht wurden, wenn sie den Beifall der Schule und der Gerichte gefunden und den Prüfstein der Zeit ausgehalten hatten. Von dem Urheber einer solchen recipirten Ansicht sagte man dann: jura facientia induxit.

Solchemnach wird zu einer *communis opinio* in der engern Bedeutung erfordert:

1) daß sie von einem bewährten Rechtsgelehrten (JCto docto ac solemni) ausgegangen sey[1]. Je länger ein solcher todt ist, desto gewichtiger ist sie, wogegen auf neuere Rechtsgelehrte, wenn sie gewohnt sind, sich blos an Authoritäten zu halten, wenig zu geben ist[2]. Freilich sollte man glauben, daß die spätern JCti, da sie auf den Schultern der frühern, und also höher stehn, vorzuziehen seyen, wie ja auch von zwei entgegengesetzten Meinungen, welche ein und derselbe Rechtsgelehrte ausgesprochen hat, die spätere, als die reifere, vorgeht[3]; allein aus dem angeführten Hauptgesichtspunkt erklärt es sich, warum eine Meinung um so größeres Ansehen gewinne, je länger sie sich in der Republik der Rechtsgelehrten als richtig bewährt hat.

---

wird, so soll in Frankreich gesagt worden seyn, es habe vor Zeiten in Deutschland ein Rechtsgelehrter mit Namen Herkomann gelebt, dessen Aussprüche noch jetzt gesetzliches Ansehen hätten. Schottel von unterschiedlichen Rechten ꝛc. in der Vorrede. Bachov ab Echt de morum cum jure scripto contentione, edit. 2. Jenae 1758. §. 55. in f.

1) Arg. Fr. 13. §. 2. D. de excusat. (27, 1.) c. 1. §. 6. C. de novo jure enucl. (1, 17.) Jac. Menochii de praesumtionibus, conjecturis, signis et indiciis commentaria. Lib. II. praesumt. 71. num. 26.

2) Menoch l. l. num. 41.

3) Menoch l. l. num. 46.

2) Daß sie nicht ein bloßer Einfall sey, sondern sich auf legale Argumente stütze, wenigstens keinem klaren Gesetze widerstreite [1]).

3) Daß sie als solche sowohl in der Schule, als in den Gerichten recipirt sey [2]), und zwar von solchen Gerichten, welche mit tüchtigen Juristen besetzt sind [3]), wie vor allen die Rota Romana [4]).

Allgemeine Zustimmung ist nicht erforderlich [5]), da es sonst, bei der naturalis hominum ad dissentiendum facilitas, nur wenige communes opiniones geben würde. Sechs bis sieben Vertheidiger sind genug [6]), nur dürfen die, welche sie simpliciter nachgebetet hatten, nicht mitgezählt werden [7]).

---

1) Menoch l. l. num. 16. Hartm. Pistoris Quaest. Juris Lib. I. qu. 30. num. 24. Lib. II. qu. 5. num. 13. Aug. Barbosa thesaurus locorum commun. jurisprudent. voce: opinio §. 9. Ch. Besold thesaurus practicus, voce: opinio communis in f. Allerdings zwar giebt es auch consuetudines correctoriae, Bachow l. l. §. 49. sq. §. 66. sq. aber sie müssen moribus entstehn und nichts Doctrinelles seyn wollen. — Uebrigens wurden die legalen Argumente bekanntlich sehr weit hergeholt und z. B. zur Begründung der communis opinio, daß zur Doctorwürde kein bestimmtes Alter nöthig sey, c. 3 C. si minor (2, 43.), (cum malitia suppleat aetatem) angeführt. Zabarel. comment. super Clement. ad prooem. v. Joannes num. 4.

2) Menoch l. l. num. 22.

3) Menoch l. l. num. 13.

4) Der Stylus romanus, auf welchen die Kammergerichtsordnung von 1507 verweist.

5) Menoch l. l. num. 17. sq.

6) Menoch l. l. num. 39. Matth. Berlich decis. Lib. III. decis. 314. num. 73. J. F. Boeckelmann de officio judicis, Heidelb. 1661. 4. pag. 50 sq. Nach Gratiani Consil. II. cons. 75: nae placet Glossae et tribus Doctoribus, — jedoch habe ich diese Schrift einzusehn nicht Gelegenheit gehabt, was auch von mehreren anderen, in der Folge angeführten, gilt.

7) Menoch l. l. num. 40. Hartm. Pistor l. l. III. qu. 20. num. 25. Arthur Duck de usu et auctoritate juris civilis Lib. I. cap. 8. §. 11.

Sie muß aber auch ausdrücklich für *communis practica* oder *opinio* ausgegeben und von den Gerichten als solche befolgt worden seyn, da sie sonst kein Gewohnheitsrecht bilden und die Richter nicht binden würde [1]. — Wer sie dafür ausgiebt, muß den Grund anführen, warum sie das sey, sonst sagte man: unde communem esse sciat, non addit. Er muß also die nennen, welche sie anführen und auch diese, wenigstens einer von diesen, mußten ihrer als gemeiner Meinung gedacht haben [2]. Zwar scheint es paradox zu seyn, daß niemand der erste seyn dürfe, welcher so etwas behaupte; allein es soll damit nur gesagt seyn, daß der erste, welcher einen durch Schriften und Präjudicien verbreiteten Satz für gemeine Meinung ausgegeben hat, bereits Nachfolger in dieser Behauptung gefunden haben müsse.

Endlich 4) darf ihr keine entgegengesetzte communis opinio gegenüberstehn [3], wie doch so leicht möglich war, da eine so kleine Vielheit beifälliger Stimmen genügte [4]. Zwar

---

1) Sonst würden diese sagen können: non exemplis sed legibus judicandum est c. 13. C. de sentent. et interloc. (7, 45.), c. 14. C. de judiciis (3, 1.) und non spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat Fr. 12. D. de officio praesidis (1, 18.).

2) So sagt Clarus in seinen recept. sentent. §. Testamentum qu. 78. in medio und in §. Donatio qu. 6. num. 7: ego tamen non reperio, Alexandrum ibi attestantem de communi opinione in hoc articulo, licet multos alleget, qui tenent contra Bartolum.

3) Ob es schade, wenn eine solche sich erst nach der litis contest. gebildet habe, untersucht Marq. Freher de fama publ. Francf. 1588. lib. II. cap. ult. 11. 38. ibiq. alleg.

4) Lud. Ant. Muratori de jurisprudentiae naevis pag. 49 sq. Des Cevallos Sammlung solcher Meinungen füllt vier Folianten, dadurch wollte er belegen, daß „cum nulla sit opinio certa, quae non possit pluribus contrariis etc. contrariari — omnia negotia magis ex Judicum arbitrio, quam ex certa juris dispositione terminantur.“

scheint die Möglichkeit des Entstehens einer solchen darum undenkbar zu seyn, weil sie der Bekräftigung untadelhafter Urtheilssprüche bedarf und die gegen eine, wenigstens damals noch herrschende Meinung ergangnen sententiae, wenn auch nicht ipso jure nullae, wie häufig behauptet ward, doch iniquae waren[1]; allein diese ursprüngliche Fehlerhaftigkeit wird durch die nachfolgende Zustimmung und Annahme des Satzes gehoben und gleichsam als ein Durchbrechen des Lichts dargestellt.

In einem solchen Falle bildete sich zuweilen darüber, welche von beiden vorzuziehen sey, selbst wieder eine gemeine Meinung, wie hinsichtlich der Frage, ob unter descendentes masculi blos descend. masc. ex masculis, oder auch die ex foeminis zu verstehen seyen. Außerdem aber zog man nicht etwa die, auf deren Seite eine größere Zahl von Streitern stand, vor[2], wie man doch sonst bei sich widerstreitenden simplen Meinungen zu thun pflegte[3], sondern diejenige, welche sich als die billigere, mildere rc., darstellte[4], wenn man auch die andere für richtiger hielt[5]. Konnte

---

1) Menoch l. l. num. 28. Arthur Duck l. l. §. 8.

2) Arg. pr. J. de hered. instit. (2, 14.) c. 1. §. 6. C. de veteri jure enucl. (1, 17.) c. 6. §. 2. D. 19. c. 4. in f. X. de feriis (2, 9.).

3) Arg. Fr. 36. D. de re jud. (42, 1.) c. 1. C. Theod. de responsis prud. (1, 4.) c. 27. pr. X. de verb. sign. (5, 40.) c. 9. de elect. in 6. (1, 6.) Menoch l. l. num. 2. et 6. — Doch fehlt es nicht an Beispielen, daß man auch bei gemeinen Meinungen hierauf Rücksicht nahm und unter opinio communis, communior und communissima unterschied. Octav. Cacheranus soll einer den Vorzug gegeben haben, weil sie 36 Authoritäten für sich hatte und die andern nur 25. Auch erzählt Clarus (recept. sent. §. Donatio quaest. 6. num. 7.), daß einmal maxima librorum revolutio dieserhalb nöthig gewesen sey.

4) Menoch l. l. num. 25, 30 sq. 30.

5) Menoch l. num. 18. Daher empfiehlt Clarus so oft den Richtern die sententia tutior arg. Fr. 5. in med. D. de his in te-

dieß von keiner gesagt werden, so folgte man der, welche von Bartolus ausgegangen [1]), oder welche von demjenigen verfochten worden war, in dessen Schule man sich gebildet hatte [2]). In Ermanglung solcher Gründe sprach auch wohl der Richter das Streitobject demjenigen zu, dem er am geneigtesten war (casus pro amico) [3]), oder theilte dasselbe [4]), oder ließ das Loos entscheiden [5]).

Begreiflicherweise mußten sich diese Ansichten immer mehr und mehr verlieren, je mehr diejenige Methode, welche Biener die ältere historische nennt, die praktische ver-

---

stam. quae (28, 4.) Fr. 10. §. 1. in f. D. de rebus dub. (34, 5.) Fr. 42. de poenis (48, 19.) Nach Arthur Duck l. l. §. 15. geht die jüngere der veralteten vor; man sehe auch Muratori l. l. p. 51 sq.

2) Math. Berlich conclusiones practic. L. III. concl. 25. num. 11. ibiq. alleg. Man berücksichtige auch seine seltene Uneigennützigkeit Arthur Duck l. l. §. 14.

3) Menoch l. l. num. 52.

4) Gl. in c. 34. X. de elect. (1, 6.) Dagegen Andr. Hertzog de favore judicis. Wratisl. 1663. 4. pag. 14 sq., jedoch statuirt er p. 35. mit Clarus, eine Ausnahme, wiewohl er gegen das bekannte nulla regula sine exceptione bemerkt, daß diese Regel, wenn sie richtig sey, selbst eine Ausnahme haben müsse und es sonach auch eine geben müsse, welche keine Ausnahme habe. Dabei hat er aber übersehen, daß diese eine eben sie selbst ist. — Casp. Bitsch decas quaestionum, quae ut casus pro amico commendantur. Argent. 1650. Altd. 1725. 4. (in dem proleg. §. 8. im Zusatze der 2ten Ausg. führt er an, Coratius de commun. opin. II. 9. cas. 32. num. 173. habe den Sachwaltern gerathen, dem Richter Excellenz ꝛc. zu geben, um ihn sich geneigt zu machen. — Ich füge aus Jo. de Urbach proces. jud. hinzu, daß der reus, wenn er erscheint, licet superbus humiliter, et licet melancolicus hilariter debet se judici praesentare.

5) Arg. Fr. 42. D. de haered. instit. (28, 5.) Menoch l. l. num. 51. und comment. de retinenda posses. Rem. 3. num. 755.

6) Bitsch l. l. §. 22. im Zusatze der 2ten Ausg. O. P. Zaunschliffer de judice dubitante. Marburgi 1696. cap. 4. §. 5.

drängte. Es bildete sich eine siegreiche Parthei, welche, gestützt auf einen Ausspruch von JOAN. ANDREAE (in cap. 1. de constit. in 6.), den Satz durchführte, daß ausschließlich auf das Gewicht der Gründe zu sehen sey. Die Gegner hießen opinionistae und communistae und ihr Verfahren perditus mos, quo *communes opiniones*, auctorumquae congeries, imo nubes pro omni ferme ratione obtenditur[1]), heut zu Tage begreift man es unter dem Schlendrian.

In Deutschland faßte diese Ansicht schon durch ZASIUS festen Fuß und wurde von NEBELKRAE[2]) und Anderen[3]) verfochten, ohne daß jemand öffentlich gegen sie aufzutreten wagte; auch blieb sie nicht auf den Fall widerstreitender gemeiner Meinungen beschränkt, sondern endigte mit der Bestimmung:

communis opinio tantum roboris habet, quantum habent rationes pro ea adductae[4]).

Somit hatten die Rechtsgelehrten, indem sie es selbst waren, welche diese Bestimmung aufgestellt hatten, ihrem bisherigen Ansehen freiwillig entsagt, und gewissermaßen das Geständniß abgelegt, daß sie die Geschicklichkeit, in solchen Fällen, welche der Demonstration bis jetzt noch unzugänglich

---

1) JAC. GOTHOFRED in c. 1. C. THEODOS. de responsis prud. (1,4.) ex edit. RITTERI I. pag. 36.

2) HENR. NEBELKRAE IMMELIUS Decis. Giessae 1617. 4. Lib. I. dec. 1. (er war von 1607—1624. Professor der Rechte zu Giessen, m. s. NEBEL series Professorum in ordine JCtorum Giessensium. Giessae 1813. pag. 4.)

3) HENN. RENNEMANN de abusuum etc. sanitatibus etc. Erfurt. 1633. 4. O. P. ZAUNSCHLIFFER de judice dubitante. Marburgi 1696. cap. 4. §. 1. H. COCCEJI de eo, q. j. est in dubio. Francf 1712. sect. V. §. 10. und die daselbst angef. S.

4) STRYK Usus modernus Lib. I. tit. 3. §. 13., — dagegen nimmt er in seinen Consilien (Consil. 173. num. 7.) unter Berufung auf CARPZOW I. decis. 29. num. 9. an, daß die, durch observantia fori gebilligte opinio Gesetzeskraft habe.

sind, durch einen gewissen Kunstsinn das Richtige zu treffen, nicht besitzen. — Nur die Gerichtshöfe waren damit nicht einverstanden und suchten unter dem Namen usualis interpretatio und stylus curiae, theils die bestehenden gemeinen Meinungen zu retten, theils dasjenige Ansehen, welches sie früher nur in Verbindung mit der Schule besaßen, für sich zu erhalten [1]), was ihnen auch, aber nicht ohne Anfechtung [2]), zum Theil gelungen ist, zumal was den Prozeß betrifft [3]).

Diese veränderten Ansichten haben aber keineswegs die Wirkung gehabt, daß alle alte communes opiniones, welche zu ihrer Zeit Gewohnheitsrecht geworden waren, abgeschafft wären; vielmehr wird man denen, welche noch immer in unverändertem Gebrauche geblieben sind, jene Eigenschaft auch jetzt noch zustehn müssen, insbesondere denjenigen, welche sich auf das gerichtliche Verfahren beziehen; denn selbst die, welche das Gegentheil behaupten, tragen in ihren Lehrbüchern des

---

1) Fr. 23. 37. 38. D. de LL. (1, 3.), c. 8. X. de consuet. (1, 4.)

2) Arthur Duck l. l. conclusio partis Imae pag. 135 sq. Griebner de observantiis collegiorum juridicorum (in opusc. Hal. 1722. T. IV. sect. II. pag. 42 sq.) §. 4. ibi: „nam inter gravissima sane saeculi nostri praejudicia illud omnino referendum est, quod praejudiciis, id est rebus judicatis, juris auctoritatem tribuamus. Imo si verum fateri licet, illa haeresis gravior longe est ac deterior, quam veterum illae sive glossas admirantium, sive communes opiniones sequentium superstitiones. Nam glossae saltem plerumque certa et non obscura erat sententia; communes opiniones auctoritas et praesumtio, quae pro JCtis militat, adjuvabat; res judicatae et incertum jus reddebant et sibi non constans etc. sed ex variis conclusionibus collectum, neque ulla nisi novitatis ab initio gratia se commendasse videntur." — Puchta a. a. O. S. 164 Gesterding im Archiv f. d. civ. Praxis III. S. 268. 284. Cab. Ordre Fried. II. v. 14. Apr. 1780. Allg. Landrecht für die preuß. Staaten, Einl. §. 6. 60.

3) Struk de stylo curiae. Francf. 1670. cap. 4. Linde Lehrb. des Civilprozesses §. 22.

Prozesses viele Sätze vor, welche auf gar keine andere Quelle zurückgeführt werden können [1]).

So hat sich die heutige Lehre von der Vergleichung der Handschriften aus der Praxis herausgebildet, indem man die Bestimmungen, welche das römische Recht darüber enthält, von jeher für schwierig, ja unverständlich, gehalten hat [2]), weshalb sie auch in den Prozeßcompendien ganz anders dargestellt wird, als in den, der Aufklärung der justinianäischen Verordnungen gewidmeten Commentarien und Abhandlungen [3]).

Insbesondere gründet sich der dazu gehörige Satz:

der Richter könne den angeblichen Aussteller einer producirten Urkunde *ex officio* befragen, ob er sie geschrieben habe, und ihn im Läugnungsfalle anhalten, im Gerichte etwas zu schreiben;

auf eine communis opinio, welche bis jetzt in Uebung geblieben ist.

---

1) A. Bethmann-Hollweg Grundriß zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß. Berlin 1821. Vorrede S. XXII. fg. — nur darf man dieß nicht auf den Prozeß allein beschränken, man sehe die, in der Note 5), angeführte gediegene Abhandlung von Biener S. 494 fg.

2) Nic. Hontheim de syntaxi et fide instrum. Mogunt. 1607. 4. Lib. IV. cap. 3. num. 42., er beruft sich auf Paul. de Castro. Neuerlich wurde gesagt: „Justinian verirrte sich in diesem Gebiete dergestalt, daß er mehrmals die Gesetzgebung änderte, und am Ende doch ein ziemlich dunkles Chaos uns hinterließ." Gensler über etc. Handschriftvergleichung etc. im Archiv für die civilistische Praxis II. No. 32. S. 329. — Wegen des heutigen Diffessionseids und dessen deutscher Entstehung und Ausbildung durch den Gerichtsbrauch sehe man Malblanc doctr. de jurejur. Tübing. 1820. §. 50. Linde a. a. O. §. 288.

3) Wie J. G. S. A. Buechner dis. de probat. per litterarum comparat. Goettingae 1779. 4. H. J. Klüpfel über die Vergleichung der Handschriften nach römischem Rechte (im Archiv für die civilistische Praxis III. N. 32. S. 333 fg.)

Zur Basis dient ihr eine Gesetzstelle, aus welcher man ersieht, daß es schon die römischen Richter so gemacht haben, denn Justinian erzählt [1]):

> quia enim non professus est is, qui scripsisse dicebatur, suam esse scripturam, magnum res habuit tumultum et *scribere alia coactus est*, quae visa sunt veluti similia quidem, non tamen per omnia similia et quantum ad illam scripturam sine termino causa permansit.

Zwar behauptete BARTOLUS [2]), ein solcher im Gerichte verfaßter Aufsatz eigne sich nicht zur Vergleichung, indem er nicht zu einer der fünf Arten von comparationsfähigen Schriften gehöre; allein er wurde in den Apostillen von ALEXANDER DE TATTAGNIS und CELSUS HUGO DISSUTUS und früher von GUILIELMUS DE CUNEO und BALDUS [3]) zurecht gewiesen [4]), und so könnte man die in Frage stehende communis opinio von BARTOLUS herleiten, wie lucus von non lucendo, oder doch von GUIL. DE CUNEO, oder BALDUS DE UBALDIS; indessen gehn die Neueren in der Regel nur bis auf ANGELUS DE UBALDIS, welcher in seiner lectura [5]) vermittelnd auftrat, indem er sagte, *ex aequitate* könne der Richter dieß thun, — zurück und schon der gleichzeitige LANFRANCUS DE ORIANO soll ihn als den Gewährsmann dieser Meinung vorangeschoben haben [6]).

---

1) Nov. 73. cap. 1.

2) in Auth. at si contractus (C. 4, 21.) num. 3.

3) in cap. 20. C. de fide instrum. (4, 21.)

4) BALDUS l. l. num. 10. sagt: adverte valde magnum errorem BART., quia non est verum, quod ista scriptura non sit de illis quinque, nam cum fiat apud acta, est scriptura forensis, et mirum est, quod BART. ita erravit etc., man sehe auch BALDUS in c. fin. de edendo (2, 8.) num. 8. in f.

5) ANGELUS in Nov 73. cap. 1. num. 2 sq.

6) LANFRANCI DE ORIANO practica judiciaria, cum BERND. VADII

Im 16ten Jahrhundert wurde sie, ohngeachtet Zasius widerstrebte[1]), gemeine Meinung. Dionys. Gothofredus fügte sie in seinen Ausgaben des Corp. Jur. Civ. der angeführten Novelle als Randglosse bei. Menochius[2]), der Bartolus seiner Zeit[3]), bekundete nebst andern ihre Recep-

---

et Celsi Hugonis Dissuti annotationibus, A. D. Gabrielis Sarayna ——— repurgata. Lugduni 1559. 8. cap. 9. num. 50. (in der Ausgabe des Matth. Boiss Colon. 1592. ist es num. 46.), ibi:

„Attendite circa hanc comparationem, quod judex potest compellere debitorem ex aequitate respondere: utrum illa scriptura privata producta sit de manu sua: ita ego feci et practicari in civitate Cremonae. Item potest judex compellere debitorem, propria manu scribere: ut ex hac scriptura faciat comparationem. Ita tenet Angelus in auth. si quis igitur."

Diese hier unterstrichene Stelle ist aber wahrscheinlich ein Einschiebsel des Dissuti (Descousu geb. 1480.), ob sie gleich im Buche selbst nicht cursiv gedruckt ist, wie die übrigen Annotationen. Denn Dissutus in seinen Apostillen zu Baldus (zur Auth. sed novo jure C. si certum pet. (4. 2.) not. d.) sagt selbst, daß er dieß zu Lanfrancus hinzugefügt habe. Auch in der Vergleichung des Textes mit dem summarium des 9. Cap. findet sich hierfür eine Bestätigung.

1) Ulr. Zasius Resp. Lib. II. resp. 25.

2) Jac. Menochius de arbitr. judicum quaestionibus Lib. II. cas. 114. num. 12. ibi „atque ita in foro observari testatur Curtius senior in l. admonendi num 116. et alii plures relati a Gramma decis. 34. num. 16. Marsil. in Rubr. C. de probat. num. 316., et statuto Ferrariae Lib II. Rubr. de scripturis privatis, ita expresse cautum est, et vere ita solet observari et praxis ipsa jure, bono et aequo nititur."

3) So ist er oft genannt worden. — Haubold (institut. jur. rom. litterar. pag. 56.) sagt: „subtilitate judicii magis, quam doctrina celebris (celeber)", darüber urtheilte ein scharfsinniger Zeitgenosse (Fulvius Jacianus): „laboriosi viri nomen est assecutus, cum ingeniosi adipisci non potuerit," womit auch v. Savigny (das Recht des Besitzes. 5te Ausg. 1827. S. 404.) übereinzustimmen scheint.

tion in den Gerichten und Vivius[1]) proklamirte sie als communis opinio. Ausgezeichnete Prozeßschriftsteller, wie Mascard[2]), Fulvius Pacianus[3]), Nicolaus Everardus der jüngere[4]) u. a. m., bekräftigten sie, und ohne einen beachteten Widerspruch zu erfahren, hat sie sich bis auf den heutigen Tag erhalten.

Im 17ten Jahrhunderte gedachten ihrer Passarini[5]), Rutger Rulant[6]), Berlich[7]), Brunnemann[8]), Gruber[9]), Zubrodt[10]), und viele andere.

---

1) Franc Vivius in seinem, ursprünglich italiänisch verfaßten Wald von gemeinen Meinungen, Lib. I. cap 113. num. 4.

2) Jos. Mascard de probationibus Lib. I. quaest. 12.

3) Fulvii Paciani de probationibus (eig. cui incumbat onus prob.) Lib. duo. Lib. I. cap. 63. num. 103. 167. 168. (erschien zuerst 1593, dann Francf. 1595. f. Lipen führt nur die spätern Ausgaben an. Er schickt eine Literatur der Beweislehre voraus, nachdem er die genannt hat, welche es eben so gemacht haben.) Uebrigens allegirt er auch noch Peter de Anchar in Clem. 1. de usuris.

4) Nicolai Eberhardi (Amstelrodamensis, in Acad. Ingolstadt. antecees. geb. 1498. gest. 1561.) repetitio cap. quoniam falsam X. de probat. cum tract. de testibus et fide instrum. Opus ex Mscio. — — — — erutum studio Justi Zinserling Francf. 1619. f. (nicht zu verwechseln mit der vortrefflichen topica seines Vaters) tract. de fide instrum. pag. 200. num. 159. Er bemerkt daselbst: „quamvis in hoc Rolandus a Curte voluerit contrarium, sed male, sicut refert Curtius in l. admonendi num. 116. dicens, in praxi sic servari, quod Judices compellant aliquem ad scribendum manu sua, ut sic ex ejus scriptura, quae hoc casu forensis censeri potest, comparationem faciat.

5) Nicol. de Passeribus (geb. 1585, gest. 1615.) de scriptura privata Lib. II. qu. 1. num. 30 sq.

6) Rutger Rulant tract. de commissariis. Pars II. Lib. V cap. 39. num. 7., er allegirt den Lanfranc, Menoch und Pacian, und bemerkt: „ubi post alios allegatos hanc esse communem practicam asserit.“

7) Matth. Berlich conclus. pract. P. I. concl. 44. num. 40. 41. er führt noch an: Hippolitm. a Marsil. in Fr. 10. §. 3. de

Im 18. Jahrhunderte Stryk [1]), Reifenstuel [2]), Wahl [3]), Hofmann [4]), und wahrscheinlich noch andere mehr [5]).

Uebrigens ist diese Maasregel in mehreren Prozeßordnungen vorgeschrieben [6]) und würde sich gewiß in noch vie-

---

quaest. num. 21. Matth. de Afflict. decis. 181. num. 4 sq. et ibi in addit. Caesaris Ursil. num. 9 sq. Matth. Coler proces. execut. P. III. c. 1. num. 144.

8) Jo. Brunnemann process. civ. et crim. cap. 19. num. 29.

9) Gr. Gubbe tract. de processu fori secundum ordinationem, stylum et consuetudinem in Borussia judiciorum. Dantisci 1696. 4. cap. 24. membr. 4. num. 5.; er allegirt außer mehreren schon erwähnten, auch Thesaur. controvers. forens. III. qu. 47. Rittershusius ad Novel. P. IX. c. 25. Brust ad l. 31. de jurejur. num. 987. Ummius disputat ad process. XVII. num. 27. Lange proces. cap. 51. num. 19 sq. Stryk introduct. ad prax. forens, cap. 19. §. 9. (beide letztere sprechen aber nur vom Criminalproz.

10) Jo. Laur. Zubrodt de comparat. litterarum. Stuttg. 1677. (auch der von Struv besorgten Ausg. v. Matthaei tract. de judiciis angehängt,) cap. 5. §. 14 sq.

1) Sam. Stryk de cautelis jurament. P. III. sect. 3. cap. 5. num. 234 sq.

2) Anaclet Reifenstuel Jus canonicum Lib. II. Tit. 22. num. 165.

3) J. Fr. Wahl de recognitione instrumentorum. Goettingae 1750. §. 32. in f. Dieser und der folgende allegiren: Gr. Gerbet tr. de cautelis juram. in judiciis observ.; es ist dieß aber die erste, 1706 erschienene Ausg. von Stryk's Note 1) angeführter Schrift.

4) J. A. Hofmann teutsche Reichspraxis Th. 1. §. 631., zwar sagt er blos, verschiedene Rechtsgelehrte seyen dieser Meinung, widerspricht jedoch nicht.

5) Die Seite 340. Note 3. angeführten Büchner und Klüpfel hatten keine Veranlassung der Sache zu gedenken; aber auch Gensler a. d. Seite 340. Note 2. angef. Orte erwähnt ihrer nicht. Dagegen könnte noch der scharfsinnige Gnävell (Commentar zur allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten. Th. 2. Erfurt 1826. S. 330.) als eine Stimme aus dem 19ten Jahrh. angeführt werden, aber er ist nicht Zeuge der communis opinio.

6) Hierher gehört das Statut von Ferara, dessen Menoch ge-

len anderen finden, wenn diese so in das Einzelne hätten gehen wollen.

Gewöhnlich wird, nach dem Vorgange Justinian's [1]) bemerkt, daß die Vergleichung der Handschriften überhaupt [2]), insbesondere aber die in Frage stehende Maasregel [3]), nur selten ein sicheres Resultat gewähre, aber doch dahin führen könne, die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit, daß der angebliche Aussteller der Urkunde der wirkliche Verfasser sey, zu steigern. Ich füge hinzu, daß ein völlig entscheidendes Resultat nicht zu den Unmöglichkeiten gehöre, indem es geschehen kann, daß der Produkt, ohngeachtet er sich bemüht

denkt (S. 342. Note 2.). Das Corp. Juris Fridericianum Th. I. Tit. 10 §. 68. und allg. Gerichtsordnung für die preuß. Staaten Th 1. Tit. 10. §. 151. (daß diese in ihrer Grundlage einen Gegensatz gegen den gemeinrechtlichen Civilprozeß bilde, ist ein bloßes Vorurtheil, man sehe Grävell a. a. O. Th. 1. S. 20. Mühlenbruch Entwurf des Civilprozesses. Halle 1827. §. 32. S. 20 fg.). — Die Hannövrische Ober-Appellations-Gerichtsordnung erkennt diese Maasregel an, indem sie zu den zur Vergleichung sich eignenden Handschriften auch die rechnet, welche der, von dessen Hand die Frage ist, vor Gericht von sich stellt (Oesterley Handb. des ꝛc. Prozesses für Hannover. Göttingen 1819. Th. 2. S. 263.) Die Hannövrische Untergerichtsordn. v. 1827. §. 85. schreibt sie vor.

1) In der angeführten Nov. 73. pr.

2) Man nennt uns bei dieser Gelegenheit die Koriphäen in der Kunst, fremde Hände nachzumachen, wie Diophantus Herodianus, Prusius Emisenus, Titus Vespasianus u. a. m. Zur Berichtigung des Conversationslexicons führe ich an, daß auch v. Knigge Fortschritte in dieser Kunst gemacht und dieserhalb, ob er sie gleich nur zu seiner und anderer Belustigung übte, seine Stelle in Cassel verloren hatte.

3) Man hat mancherlei passende und unpassende Mittel in Vorschlag gebracht, um sie zuverlässiger zu machen. Der Richter soll den Produkten nicht blos mit der rechten, sondern auch mit der linken Hand schreiben lassen; nicht blos Perioden, sondern auch das Alphabet; er soll ihm schnell diktiren und ihn dann langsam Etwas abschreiben lassen; er soll es so einrichten, daß der Produkt die Absicht nicht merke, z. B. eine Bescheinigung über irgend etwas von ihm fodern u. dgl. m.

hat, seine Handschrift zu entstellen, es doch aber auch nicht gar zu plumb machen wollte, zuletzt beschämt und verwirrt dasteht und ein reuiges Geständniß ablegt.

Indessen scheint doch diese Maasregel klaren gesetzlichen Vorschriften zu widerstreiten und also eines Erfordernisses zu ermangeln, welches zur Gültigkeit einer gemeinen Meinung wesentlich nöthig ist. Es steht nämlich fest, daß der Kläger vom Beklagten nicht verlangen könne, ihm Urkunden, welche nicht gemeinschaftlich sind, zu ediren, noch viel weniger also, ihm eine solche anzufertigen.

Allein nicht davon ist die Rede, ob zwischen dem Producenten und Produkten ein Obligationsverhältniß statt finde, vermöge dessen jener ein Recht hätte, auf eine solche Maasregel zu dringen, sondern davon, ob die richterliche Befugniß so weit gehe, eine solche anzuordnen[1]).

Dieß kann nur dann geläugnet werden, wenn das Amt des Richters verkannt und dieser bei der Beweisführung als ein blos leidendes Subject betrachtet wird, wie die Reflexion auf die Verhandlungsmaxime allenfalls voraussetzen lassen könnte, aber jedem, welcher die Quellen in das Auge faßt und der geschichtlichen Entwickelung des prozessualischen Verfahrens folgt, als unrichtig sich darstellen wird[2]).

---

1) Ob die Edition der Urkunden blos jure actionis, oder auch officio judicis geschehe, davon handeln die Glossatoren und Commentatoren bei c. 1. C. de edendo.

2) Fr. 9. §. 6. Fr. 11. §. 9. Fr. 21. D. de interrogat. (11, 1.) c. 9. C. de judiciis (3, 1.) verb. mit c. 1. C. Th. eod. (18, 2.) c. 39. pr. in f. C. de appellat. (7, 62.) c. 11. C. 30. q. 5. cap. 10. verb.: cum judex X. de fide instrum. (2, 22.) Clem. 2. verb.: interrog. de V. S. (5, 11.) cap. 6. X. de judic. (2, 1.) ibi Gonz. Tellez num. 3. R. A. v. 1654. §. 41. a. E. §. 56. im Eing. — Durantis speculum judiciale Lib. II. P. II. de disputat. et allegat. §. 6. num. 4. Mühlenbruch a. a. O. §. 31. Bethmann Hollweg Versuch über einzelne Theile des Civilprozesses. Berlin 1827. S. 254 fg. 320 fg.

Die Prozeßdirection des Richters während des Beweisverfahrens wird durch Annahme der eingereichten Urkunden, Vernehmung der vorgeführten Zeugen u. s. w., nicht erschöpft; sondern fodert ein geistiges, selbstthätiges Mitwirken zur Erreichung des vorgesteckten Ziels. Von Anfang an bis über den Actenschluß hinaus [1]) muß er verbessernd eingreifen (cuncta rimari), ehe er darüber, was erwiesen sey, ein Urtheil ausspricht. Hierbei ist er nicht durch eine sogenannte Verhandlungsmaxime beschränkt, wohl aber durch die, daß er nichts thue zu Lieb oder Leid der einen oder der andern Parthei, was er nicht zu thun beschworen hat; und daß er nichts überflüssiges anordne, also nichts ergänze, dem die betreffende Parthei rechtsbeständig ausdrücklich, oder stillschweigend entsagt hat (de quo actum est, ne veniret.) [2]).

Er benimmt sich zu jeder Zeit mit den streitenden Theilen, um durch deren Eingeständnisse das Werk zu vereinfachen und zu runden [3]). Die eingebrachten Beweismittel prüft er, ob sie angemessen, ob sie beweisend, ob sie erschöpfend sind, und wirkt durch seine Verfügungen auf deren Verbesserung und Ergänzung hin [4]).

Bei versuchtem Zeugenbeweis übergeht er diejenigen Beweisartikel, welche nicht zur Sache gehören [5]), woge-

1) „Quoad judicem nunquam in causa concluditur et ideo ex officio conclusionem rescindere, ulterioremque probationem partibus injungere potest (c. 10. X. de fide instr. Jasson in l. admonendi num. 62), prout quotidie in Camera observatur", Gail pract. observat. Lib. I. cap. 107. num. 5.

2) J. H. Boehmer de judice procedente ex officio in processu civili. Halae 1712. cap. 4. §. 10. (steht auch in seinen Exercit. ad Pand. P. II. ex 35. p. 599 sq. und in seinem Jus ecclesiast. Protest. Lib. I. tit. 32. jedoch verbessert).

3) Siehe S. 346. Note 2) und Gail l. l. num. 6.

4) Linde a. a. O. §. 166.

5) R. A. v. 1654. §. 50 und 53. Linde a. a. O. §. 265.

gen er zur Ergänzung Fragen einflicht, wenn nicht der Produkt schon dafür gesorgt hat[1]). Ja er kann die Vernehmung unglaubwürdiger Zeugen, ohne erst die Anträge des anderen Theils abzuwarten, verweigern[2]) und darüber, ob sie das seyen, von Amtswegen Nachforschungen anstellen[3]).

Ueberdem beruhigt er sich nicht bei dieser einen Art von Beweisen[4]), sondern läßt, wenn er weis, daß gerichtliche Acten existiren, welche die Sache aufklären können, diese un-

---

1) c. 37. 52. X. de testib. (2, 20.) Rutger Rulant l. l. P. IV. Lib. I. cap. 6. num. 6. Martin Lehrb. des bürgerl. Prozesses. §. 187. Mittermaier im Archiv für die civil. Praxis Th. V. S. 184 fg. „Diese verderbliche Ansicht, (daß das Amt des Richters sich nur darauf beschränke, den Artikel dem Zeugen vorzulegen, und des Zeugen Antwort darauf protokolliren zu lassen,) ist dem Gerichtsbrauche, welcher den ältern und noch jetzt geltenden Gesetzen vorschwebte, durchaus zuwider, und ist durch eine irrige Ansicht von der Verhandlungsmaxime entstanden — — — — — — Die ganze Wissenschaft des Zeugen über die hier im Streite befangenen Thatsachen ist es, welche in Anspruch genommen wird. Darum muß bei der Zeugenvernehmung die Produktion des Zeugen so betrachtet werden, daß die Parthei ihren Zeugen nur dem Richter vorschlägt und das Uebrige ihm überläßt."

2) Arg. Fr. 13. D. de testib. (22, 5.) c. 37. X. eod. (2, 20.) — Nach Leyser spec. 120. med. 2. könnte er dagegen nicht producirte Zeugen, auf welche die Acten hinweisen, ex officio vernehmen, es ist dieß aber nicht gemeine Meinung.

3) Man sehe die Zusätze zum Speculum judic. Lib. I. P. I. de officio omnium judicum §. 8. in f. „Judex ex officio suo debet inquirere de conditione testium, licet non excipiatur ab eo, contra quem producuntur. Innoc in c. (cum) causam X. de testib. et l. si praeses ff. de magistr. conv. — Fulv. Pac. l. l. P. I. cap. 51. num. 62. 65. Nic. Everard l. l. tract. de testib. P. III. cap. 1. num. 6., sie allegiren außer der Glosse Baldus, Angelus, Jo. de Imola, Aretin, Curtius, man sehe auch S. F. Willenberg de supplem. judicis in causa partium Francf. ad V. 1699. cap. 3. §. 26. in f.

4) Fr. 3. §. 2. D. de testib. (22. 5.), man pflegt auch Fr. 6. §. 1. D. de officio praesidis (1. 18.) hierher zu ziehen.

gesäumt herbeibringen, wer sie auch besitze [1]), was ein sehr verbreiteter Gerichtsbrauch [2]), bald unter mehr, bald unter weniger Einschränkungen, auch hinsichtlich anderer Urkunden gelten läßt [3]).

Hat der Beweisführer selbst Schriften eingereicht, so verfährt er auf eine ähnliche Art, wie bei vorgeschlagenen Zeugen. Er unterzieht sich sofort ihrer Prüfung und verwirft die, welche er untauglich, oder unglaubwürdig findet ex officio [4]), oder stellt bewandten Umständen nach dieserhalb Nachforschungen an [5]); läßt sie durch den angeblichen Aussteller recognosciren, auch wenn der Producent hierauf nicht angetragen hatte [6]) und zieht im Abläugnungsfall andere Schriften desselben zur Vergleichung herbei, auch wenn sich diese im Besitze des Beklagten befinden sollten [7]), da er ihrer zu

---

1) c. 2. C. de edendo (2, 1.).

2) Am weitesten ging die Rota Romana.

3) Arg. c. 1. C. de edendo (2, 1.). Menoch de arbitr. judicum quaest. Lib. II. cas. 499. Fulv. Pac. l. l. Lib. I. cap. 63. Rutger Rulant l. l. P. II. Lib. V. cap. 17. num. 3. cap. 19. num. 15. Leyser sp. 38. med. 1. Mevius P. II. decis. 127. not. 5 sq. P. III. decis. 337. Boehmer l. l. §. 11. num. 5. (im jus eccles. Prot. I 32. § 57.)

4) c. 21. C. de probat. (4, 19.) c. 6. in f. X. de crimine falsi (5, 20.). c. 10. X. de rescript. (1, 3.) Claproth Einleitung in den ordentl. bürgerl. Prozeß. Th. 2. §. 237. Linde a. a. O. §. 283.

5) Arg. c. 5. X. de rescript. (1, 3.)

6) Es macht dieß einen Bestandtheil der hier vertheidigten communis op. aus, man vergl. Seite 341. Note 6. Uebrigens sehe man Fr. Philipp de recognit. docum. Lips. 1682. cap. 4. th. 1. J. G. Frommann de juramento diffessionis. Marburgi 1723. th. 6. ibiq. laud. Wahl l. l. §. 10. pag. 22 sq.

7) Arg. c. 1 C. de edendo (2, 1.). Baldus in c. fin. C. de edendo num. 8. „ego actor producebam instrumentum, reus dicebat, quod illa non erat litera illius tabellionis: ego dico, quod reus habet penes se quaedam alia protocolla istius no-

seiner Belehrung bedarf und sie nicht eigentlich lesen, sondern nur besehen, nicht den Inhalt wissen, sondern nur die Schriftzüge vergleichen will, und es überdem ein besonderer Zufall seyn müßte, wenn der Inhalt mit dem Rechtsstreite in Verbindung stehn sollte und dem Kläger dienlich seyn könnte.

Nimmt man nun hinzu, in welchem weiten Umfange die Befugniß, sich durch Augenschein zu informiren, der Richter zu haben, von jeher geglaubt und gelehrt [1]), und von den Gerichtshöfen bethätigt wurde [2]), indem dieß zur causae cognitio, welche der Sentenz vorausgehen muß [3]), gehört; so wird man nicht umhin können, ihm auch die Befugniß zuzugestehn, den angeblichen Aussteller der Urkunde, welcher aber seine Authorschaft läugnet, im Gerichte etwas schreiben zu lassen, um seine Handschrift zu beaugenscheinigen, sey dieß nun der Kläger, oder der Beklagte, oder ein Dritter. Diesem wird dieß nicht besonders auffallen, da er so oft geheißen wird, etwas zu schreiben, Protocolle zu unterschreiben, Bescheinigungen auszustellen rc., und gar nicht zu bezweifeln ist, daß es noch öfter geschehen würde, wenn es irgend nöthig wäre, wie dieß z. B. bei einem stummen Zeugen, wel-

tarii, ex quibus potest fieri comparatio literarum: certe tenebitur edere, secundum Guil. (de Cuneo)" — Fulvius Pacianus l. l. Lib. I. cap. 63. num. 102.

1) Hert de inspectione oculari §. 33—35. (in Opusc. Francf. 1737. 4. Vol. I. P. III. pag. 176 sq.).

2) Es ist bekannt, wie weit die Richter in Frankreich mit dem Augenschein gingen, wenn auf Ehescheidung wegen Impotenz geklagt war. — Als nun la preuve de congrès um das Jahr 1677 verboten wurde, so geschah dieß nicht, weil man darin einen Verstoß gegen die Verhandlungsmaxime bemerkt hätte, sondern que cette action est de celles, qui ne se commandent pas et qu'on n'exécute guères auprès d'une ennemie.

3) c. 7. C. de sentent. et interloc. (7, 45.) verb. mit Fr. 2. D. de jurisdict. (2, 1.).

cher schreiben kann, der Fall ist [1]). Der Richter aber wird sich zu dieser Maasregel um so eher angeregt fühlen, da durch sie ein zu besorgender Meineid verhütet werden soll [2]), und auch darum, weil er durch das gemeine Recht und wahrscheinlich auch durch seine Prozeßordnung angewiesen ist, den, welcher seine wirkliche Handschrift abgeläugnet hatte, zu bestrafen, so daß er schon etwas inquisitorisch zu Werke gehn dürfte.

Es bleibt mir nur noch übrig, die Einwürfe des Herrn geheimen Raths Mittermaier kurz zu berühren. Zwar bildet seine Behauptung: „derjenige, welcher den Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung führen darf, kann von dem Gegner nicht fodern, bei Gericht einen, ihm zu diktirenden Aufsatz niederzuschreiben", keinen Gegensatz gegen die meinige, da beide neben einander bestehn können und ich dem Producenten nicht ein Recht, dieß von dem Gegner zu fodern, sondern nur die Befugniß, darauf anzutragen, einräume; allein er hat solche Gründe angeführt, welche zum Theil auch gegen die meinige gebraucht werden könnten, und daher in Betrachtung gezogen werden müssen.

Die beiden ersten Einwürfe: niemand kann einen andern zu einer Handlung nöthigen, zu deren Vornahme der andere sich nicht speziell verpflichtet hat; und: keine Parthei ist schuldig der andern den Beweis zu erleichtern, — haben keine Beziehung

---

1) Rutger Rulant l. I. P. II. L. II. cap. 15. num. 8. cap. 16. num. 3.

2) c. 5. C. 22. q. 1. c. 26. X. de jurej. (2, 24.) c. 5. 8. q. 5. Ueber das Gewicht dieser Betrachtung sehe man Wernher P. I. obs. 104. Berger electa processus executivi §. 26. et in program. adj. in f.

auf meine Behauptung, da ich, wie gesagt, nicht von einer Verpflichtung der einen Parthei gegen die andere, sondern von einer Befugniß des Richters spreche, weshalb ich mich bei ihnen nicht aufhalten will.

Der dritte Einwand (Seite 171) ist von der Schwierigkeit hergenommen, welche bei weiter Entfernung des Produkten entstehen würde; allein eines Theils ist diese nicht so groß, wie sich der Herr Verf. vorstellt, indem es nicht nöthig ist, daß der Producent bei dem Schreiben durchaus anwesend seyn müsse; andern Theils kann man von der Schwierigkeit einzelner Fälle nicht auf die Unzuläßigkeit der ganzen Maasregel schließen. Die Vernehmung entfernter Zeugen bietet dieselben Schwierigkeiten dar und doch wird niemand daraus herleiten wollen, daß man den Zeugenbeweis abschaffen müsse.

Nach dem vierten und sechsten Einwand (Seite 172, 174) steht die große Last mit dem zu erwartenden Erfolge in keinem Verhältnisse; — aber einige Zeilen zu schreiben ist keine große Last und die Unsicherheit des Erfolgs ist nicht blos dieser Maasregel, sondern überhaupt der Vergleichung der Handschriften eigen; zumal da sie nicht blos aus der Unzuverläßigkeit des instrumenti ex qua, sondern auch des ad quam herfließt. In dem einen Fall, wenn der Produkt etwas schreibt, entsteht der Zweifel, ob er nicht etwa seine Hand absichtlich entstelle, oder diese im Laufe der Zeit sich verändert habe, so daß aus der Verschiedenheit der Züge nicht mit Sicherheit gefolgert werden kann, daß die producirte Schrift (das instrumentum ad quam) nicht von ihm herrühre. — Aber ist dieß nicht auch der Fall, wenn die Vergleichung mit einer, zu einer andern Zeit abgefaßten Schrift vorgenommen wird? Kann er nicht auch damals seine Hand entstellt, oder kann sich diese nicht damals schon verändert gehabt haben? — In den andern Fällen, wenn das instrumentum ex qua keiner Bedenklichkeit unterliegt,

kann aus der Gleichheit der Züge in beiden Urkunden, eben so wenig mit Sicherheit der Schluß gemacht werden, daß beide denselben Verfasser haben, da demohngeachtet das instrumentum ad quam von einem andern, der die Handschrift des vorgegebenen Ausstellers täuschend nachzumachen gewußt hat, herrühren kann. Duldet man aber dennoch dieses Auskunftsmittel, so kann man auch diesen einzelnen Zweig desselben gelten lassen.

Fünftens (Seite 174) soll es mit der Würde des Richters streiten, etwas zu diktiren; auch eine Bedenklichkeit für den Produkten daraus entstehn, daß man ihm vielleicht den Inhalt des instrumenti ad quam diktiren könnte, (was allerdings sehr zweckmäßig seyn dürfte,) und er solchergestalt genöthigt seyn würde, einen Schuldschein auszustellen. — Gegen den ersten Theil dieses Einwurfs streitet aber wohl die tägliche Erfahrung, indem es gerade ein Geschäft der Höheren ist, zu diktiren; was aber den letzten Theil betrifft, so kann man freilich nicht läugnen, daß der Producent mit einer solchen Schrift, wenn es ihm gelingen sollte, sich diebischerweise in den Besitz derselben zu setzen, Mißbrauch treiben und seine Foderung wiederholen könne, zumal nach dem Absterben des Produkten. Indessen ist doch auch zu hoffen, daß der Produkt, oder seine Erben nicht ermangeln werden, sich mit der exceptio rei judicatae zu schützen.

Siebentens wird (S. 175) eingewendet, daß die Weigerung zu schreiben, bewirken würde, daß die Urkunde für anerkannt gelte, was Verurtheilung nach sich ziehen könne, und so würde der eine mit 50 fl. und ein anderer mit 10000 fl. bestraft werden, obschon beide gleich schuldig seyen. — Dagegen ist zu erwiedern, daß es ein Act der Freiheit des letztern ist, 10000 fl. zu riskiren, wo ein anderer nur 50 fl. daran gesetzt hatte und daß ihm also gar nicht Unrecht geschieht, wenn er diesen größeren Verlust erleidet. Auch tritt ja eben diese Verschiedenheit der Folge des Ungehorsams bei

Verweigerung der Recognition, Edition und in hundert andern Fällen ein. Eigentlich sollte er zur Leistung des Interesse verpflichtet werden, allein da sein Ungehorsam gerad dahin geht, den Beweis der Foderung und somit auch den Beweis des Interesse unmöglich zu machen, so muß ihm das Schreiben sub poena convicti anbefohlen werden, so daß er in eben den Fall kommt, wie der, welcher die Urkunde, die er zu ediren schuldig ist, vernichtet, oder sie gestohlen hat und verheimlicht [1]).

Achtens (S. 176) würde es häufig nöthig seyn, erst auszumitteln, ob der Produkt schreiben könne. — Nicht häufiger, als bei jeder andern Vergleichung der Handschriften. Auch liegt nichts Bedenkliches darin.

Endlich neuntens wird (S. 177) bemerkt, daß sich der Produkt dieser Procedur schämen könnte, wenn er etwa eine schlechte Hand schriebe, und daß er das Gespötte aller jungen und alten lachlustigen Gerichtsbeisitzer werden könne. — Hierbei wird vorausgesetzt, daß diejenigen, welche eine unleserliche Hand schreiben, sich deren schämen; es ist dieß aber nicht der Fall, vielmehr nennt man eine solche eine gelehrte [2]); auch werden die Gerichtsbeisitzer schwerlich darüber lachen, theils weil es ihnen nur zu alltäglich ist, theils weil der eine, oder der andere von ihnen, sich wahrscheinlich in dem gleichen Fall befinden wird [3]).

---

1) c. 20. C. de probat. (4, 19.) Fr. 2. §. 1. de ju. fisci (49, 14.).

2) cf. J. H. Boehmer de scriptis non legibilibus. Halae 1700. (in Exercit. ad P. T. IV. p. 344 sq.) cap. 4. §. 3.

3) Der Präsident eines Justizcollegiums schrieb unter den unleserlichen Aufsatz eines Referendarius: „subscriptus“ (so pflegte er nämlich den Verfasser eines Aufsatzes zu bezeichnen,) „hat sich einer deutlichern Handschrift zu befleißigen — — Ist dem Herrn Referendarius N. N. vorzulegen.“ — Dieser schrieb darunter: „aller mir gegebenen Mühe ohngeachtet ist es mir nicht gelungen, obstehendes lesen zu können.“ — Die Handschrift des Präsidenten war nämlich noch

Gesetzt aber auch, der Producent schäme sich wirklich, so kann er daraus keinen Weigerungsgrund hernehmen, so wie niemand die Oeffnung seines Zimmers, in welchem der Richter einen Augenschein einnehmen will, darum verweigern kann, weil es nicht gut meublirt ist. — Noch viel weniger eignet sich die Denkbarkeit eines solchen Falls dazu, das ganze Institut des Augenscheins, oder die hier vertheidigte Maasregel zu verdächtigen.

---

unleserlicher, als die seinige. — Die Sache ist übrigens sehr ernsthaft, indem das mühsame Geschäft der Referenten durch schlecht geschriebene Acten unnöthigerweise zur Pein gemacht wird, wogegen doch wirksame Maasregeln getroffen werden sollten.

XV.

Ueber die in Kurhessen aufgestellten Grundsätze hinsichtlich der Leistung der von ausländischen Behörden begehrten Rechtshülfe.

Von dem

Herrn Dr. Jäger, Referendar bei dem Obergerichte zu Hanau.

In einer in dem dritten Bande dieser Zeitschrift mitgetheilten Abhandlung ist von Herrn Oberappellationsgerichtsrath Spangenberg der Wunsch ausgedrückt worden, daß in jedem einzelnen Staate Deutschlands sich Jemand finden möge, welcher die in seinem Vaterlande aufgestellten Grundsätze über die Vollstreckbarkeit eines von einem auswärtigen Gerichte gesprochenen Erkenntnisses mittheile, da die vollständige Kenntniß jener Grundsätze für den Geschäftsmann ein sehr dringendes Bedürfniß sei. Ich glaube in dem von diesem ausgezeichneten Rechtsgelehrten ausgesprochenen Wunsche eine hinreichende Rechtfertigung zu finden, wenn ich die in Kurhessen aufgestellten Grundsätze über die Leistung der von auswärtigen Behörden begehrten Rechtshülfe hier mittheile, da dieselben wesentliche Abweichungen von den als gemeinrechtlich bisher befolgten enthalten.

Die Verordnung vom 25sten April 1826 trennt die Civilrechtspflege von der Strafrechtspflege, und hat hinsichtlich beider verschiedene Bestimmungen aufgestellt.

Bei der Civilrechtspflege ist die Reciprorität als leitender Grundsatz anerkannt, und es werden demgemäß

die Ober- und Untergerichte angewiesen [1]), auf Ersuchen auswärtiger Gerichtsbehörden die bisher übliche Rechtshülfe nach Maaßgabe ihrer Zuständigkeit, und nach dem Grundsatze wechselseitiger gleichmäßiger Willfährigkeit zu leisten, soweit in der angeführten Verordnung eine abweichende Bestimmung nicht enthalten sei.

Der Zweck [2]) der angeführten Verordnung ist dahin angegeben, die Obliegenheiten der inländischen Gerichte hinsichtlich der von (Gerichts-) Behörden des Auslandes begehrten Rechtshülfe näher zu bestimmen. Hierdurch, sowie durch die ganze Fassung der Verordnung ist indirect ausgesprochen, daß nur auf Requisition der erkennenden Gerichtsbehörde, nicht aber auf das Betreiben der betheiligten Parthei, Rechtshülfe von den inländischen Gerichten geleistet werden soll.

Sobald ein inländisches Ober- oder Untergericht um die Behändigung [3]) einer Vorladung oder andern Verfügung einer ausländischen Gerichtsbehörde an einen Einwohner seines Bezirks angegangen wird, so hat dasselbe dem Ersuchen in folgenden Fällen zu entsprechen:

a) wenn das Erbieten zu gleichmäßiger Willfährigkeit beigefügt worden, oder

b) wenn letztere ohnehin bekannt ist, oder endlich

c) wenn überhaupt kein besonderes Bedenken vorhanden ist.

Jedoch darf, selbst bei dem Vorhandensein eines oder aller dieser Requisiten, jenem Ersuchen nur dergestalt entsprochen werden, daß die begehrte Mittheilung an den diesseitigen Einwohner blos zu dessen Benachrichtigung, damit er sein Interesse wahren möge, bewirkt wird, ohne daß hieraus für die Zuständigkeit des fremden Richters, oder die Gültigkeit seines Verfahrens, ein diesseitiges Anerkenntniß jemals gefolgert werden kann.

---

1) Verordnung vom 25sten April 1826. §. 1.

2) s. die angef. Verordn. im Eingange.

3) s. die angef. Verordn. §. 3.

Dagegen soll die Vollstreckung[1]) der rechtskräftigen, oder in letzter Instanz erfolgten civilrechtlichen Urtheile ausländischer Gerichte in Beziehung auf das in Kurhessen befindliche Vermögen diesseitiger Staatsangehörigen eben so verfügt werden, als ob die Urtheile von einem inländischen Gerichte gefällt wären. Doch ist den Untergerichten untersagt, die Vollstreckung jener Urtheile zu verfügen, ehe dies von dem vorgesetzten Obergerichte genehmigt worden ist, weshalb das deshalbige Ersuchungsschreiben der auswärtigen Behörde immer zuvor dem Obergerichte des betreffenden Bezirks zugehen muß. Auch ist den inländischen Gerichtsbehörden zur Pflicht gemacht, das auswärtige Erkenntniß vor der Vollstreckung einer Prüfung, sowohl hinsichtlich der Form als des Inhalts, von Amtswegen zu unterwerfen, und die Vollstreckung in folgenden Fällen zu verweigern:

1) wenn die Vollziehung der Erkenntnisse Kurhessischer Civilgerichte in dem betreffenden Auslande der Regel nach nicht gestattet wird, wie dies in den Ländern der Fall ist, wo die Grundsätze der französischen Civilgesetzgebung befolgt werden,

2) wenn die Gerichtsbarkeit der ausländischen Behörde nach diesseitigen Regeln gar nicht begründet erscheint,

3) wenn die Verfügungen des fremdrichterlichen Urtheils den Gesetzen über dingliche Rechte, oder über den Stand und die Rechtsfähigkeit der Personen in Kurhessen zuwiderlaufen, endlich

4) wenn durch jene Verfügungen der, bei einem fremden Gerichte begründete allgemeine Gerichtsstand des Concurses auf das im diesseitigen Gebiete befindliche Vermögen eines Kurhessischen Unterthanen, oder die bei einheimischen Gerichten bereits anhängigen Prozesse erstreckt werden würde.

Dagegen wird eine Nachweisung, daß in dem auswärtigen Staate, von dessen Gerichte erkannt worden, keine hin-

---

1) s. die angef. Verordn. §. 3.

reichenden Exekutionsobjekte vorhanden seien, nicht erfodert, und eben so wenig ist den inländischen Gläubigern, deren Ansprüche gleich stark wie die auswärtiger Gläubiger sind, vor diesen ein Vorzugsrecht eingeräumt.

Das Exekutionsverfahren[1]) richtet sich immer nach den diesseitigen darüber geltenden Vorschriften, so daß wenn in dem fremdrichterlichen Erkenntnisse Verfügungen, welche schon zu diesem Verfahren gehören, enthalten sind, diesen Verfügungen keine Wirkung gegeben werden darf.

Von den aufgestellten Grundsätzen abweichend, enthält die angeführte Verordnung noch eine Bestimmung hinsichtlich der Vollstreckung der gegen Fremde[2]), die nur einen temporären Aufenthalt in Kurhessen haben, ergangenen Urtheile ihrer zuständigen Civilgerichtsbehörde. In Beziehung auf solche Fremde soll dem deshalbigen Ersuchen selbst dann entsprochen werden:

1) wenn der oben unter No. 1. bemerkte Fall vorhanden, oder

2) wenn die fremdrichterliche Verfügung den diesseitigen Gesetzen über die persönliche Rechtsfähigkeit entgegen wäre, oder

3) wenn die oben unter No. 4. bemerkte Ausdehnung des Gerichtsstandes des Concurses eintreten sollte.

Doch ist hinsichtlich der letzteren Bestimmung ausdrücklich vorbehalten, daß dadurch ein Nachtheil für das Interesse Kurhessischer Unterthanen nicht entstehe.

Was die Strafrechtspflege betrifft, so setzt in dieser Hinsicht eine frühere Verordnung vom 1sten September 1820 fest, daß diesseitige Unterthanen, welche ein Verbrechen oder Vergehen im Auslande verübt haben, oder dessen angeschuldigt werden, nur alsdann zur deshalbigen Untersuchung

---

1) s. die angef. Verordn. §. 5.

2) s. die angef. Verordn. §. 4.

und Bestrafung an die requirirende Behörde des auswärtigen Staates gestellt oder ausgeliefert werden dürfen, wenn von diesem Staate gleichfalls jenseitige Unterthanen wegen der, in Kurhessen verübten, Verbrechen oder Vergehen den diesseitigen Behörden gestellt oder ausgeliefert werden, — gegen diejenigen Staaten aber, in welchen solches gesetzlich verboten ist, oder verweigert wird, auch diesseits ein gleiches Verfahren beobachtet werden soll, und daß, wenn daselbst von dem allgemeinen Verbote der Stellung oder Auslieferung der Unterthanen Ausnahmen in Ansehung gewisser Vergehen, z. B. Forst- und Jagdfrevel, Zoll- und Licentdefraudationen rc., gemacht sind, auch diesseits gleiche Ausnahmen statt finden sollen. In solchen gestatteten Fällen sollen jedoch jedesmal, bevor diesseitige Unterthanen gestellt oder ausgeliefert werden, von der requirirenden ausländischen Behörde reversales de observando reciproco beigebracht werden.

Die Verordnung vom 25sten April 1826 [1]), hat diese Bestimmungen ausdrücklich durch Verweisen auf die frühere Verordnung bestätigt, und nur hinsichtlich der Vollziehung eines fremden Strafurtheils festgesetzt [2]), daß auf das deshalbige Ersuchen ausländischer Behörden stets die darüber nöthige Bestimmung bei dem Justiz-Ministerium einzuholen sei.

---

1) s. die angef. Verordn. §. 6.

2) s. die angef. Verordn. §. 6.

XVI.

Noch einige Bemerkungen über den Begriff des animus possidendi.

Von dem
Herrn Professor Dr. Guyet in Heidelberg.

Als der Verfasser vor anderthalb Jahren seinen Versuch über den in der Überschrift genannten Gegenstand dem juristischen Publikum mittheilte, erging es ihm mit einer gerade in derselben Zeit erscheinenden Arbeit des Herrn Oberappellationsgerichtsraths von Schröter, welche denselben Gegenstand berührt [1]), eben so, daß er sie nämlich durch Zufall damals nicht in die Hände bekam, wie es jetzt bei Herrn Professor Warnkönig's Arbeit [2]) über den *animus possidendi* mit des Verfassers vorgenanntem Versuche [3]) der Fall gewesen ist, was denn der Verf. um so lebhafter bedauert, als ihm dadurch die Gelegenheit entgangen ist, durch Bemerkungen des letztgenannten Gelehrten seine eigenen Ansichten erweitern oder berichtigen zu können. Da er aber glaubt, daß seine Ansicht von der, durch Herrn Professor Warn-

1) In dieser Zeitschrift Bd. II. S. 233—269.

2) Archiv für die civilist. Praxis, Bd. XIII. Heft 2. S. 169—181.

3) In des Verfassers Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts, Heidelberg 1829. S. 133—160.

könig aufgestellten nicht so weit verschieden ist, daß nicht eine Vereinbarung möglich seyn sollte, und da er sich überzeugt hat, daß seine eigene Idee mehrfach mißverstanden worden ist, so glaubt er nicht unrecht zu thun, wenn er hier noch Einiges über diese, jetzt durch die wiederholte Bearbeitung doppelt interessant gewordne Materie bemerkt.

Zuvörderst ist wohl kaum nöthig zu bemerken, daß Schröter's Behauptung, daß der bei dem Emphyteuta, Superficiar[1]), Faustpfandgläubiger, Precisten und Sequester vor-

---

1) Vorausgesetzt nämlich, daß man die jurist'sche corporis possessio des Superficiars zugeben will, wofür aber Schröter's treffende Gründe a. a. O. S. 247 ff., in Verbindung mit der Darstellung von Huschke, in der Tübinger crit. Zeitschr. Bd. II. S. 353 354, zu entscheiden scheinen. Auch glaubt der Verf. jetzt, daß aus mehreren Stellen der Rechtsquellen, welche bisher seines Wissens dafür nicht benutzt worden sind, mit ziemlicher Bestimmtheit hervorgehe, daß schon die Römer selbst dem Superficiar an dem Gebäude einen Interdictsbesitz zugestanden haben. Diese Stellen sind: L. 13. §. 3. de pignor. (20, 1.), wo ausdrücklich gesagt wird, daß der Faustpfandgläubiger sich im Besitze der ihm verpfändeten superficiaria (durch Interdicte) schützen könne, und daß er die possessio daran erhalten habe, womit denn noch die Angabe der L. 15. qui potiores (20, 4.) zu verbinden ist, daß auch eine wahre Superficies (als Sache, nicht als Recht, da der gebrauchte Ausdruck superficies in alieno solo posita an letzteres zu denken nicht erlaubt) zum Faustpfande gegeben werden könne; da aber ein Faustpfand ohne Interdictsbesitz an dem Pfande nicht möglich ist, so muß auch der Superficiar an dem zu verpfändenden Gebäude schon selbst einen solchen Besitz haben. Ferner L. 1. §. 3. i. f. de superficiebus (43, 18.), welche klar zeigt, wie sehr mit Recht Huschke behauptet hat, daß die Superficies als ein Analogon des Eigenthums utilitatis causa behandelt worden sey, indem hier gesagt wird, daß die utilis in rem actio dem Superficiar nur dann zustehe, wenn er sein Recht für eine längere Zeit erhalten habe, weil sonst freilich keine wahre Aehnlichkeit mit dem Eigenthume vorhanden seyn würde, welches in hypothesi ein immerdauerndes Recht ist. Endlich L. 1. cit. §. 5. wo der Superficiar ausdrücklich der possessor soli benannt wird, woraus denn nothwendig folgt, daß er auch zu dem Ge-

handne animus possidendi ein wahrer und eigentlicher animus *domini* sey, trotz ihrer höchst scharfsinnigen Durchführung dennoch, nach der innigsten Ueberzeugung des Verf., mit vollem Rechte von Warnkönig verworfen ist; da aber die Gründe, welcher dieser Letztere dafür aufstellt, noch vervollständigt werden zu können scheinen, so mag Folgendes hier darüber bemerkt werden.

Was den animus anbetrifft, welchen der Emphyteuta bei seinem Besitze hat, so ist nicht zu läugnen, daß er — und von dem animus des Superficiars gilt das Nämliche — mit dem animus des besitzenden Eigenthümers große Aehnlichkeit hat, gerade wie auch die Emphyteusis und Superficies mit dem Eigenthumsrechte große Aehnlichkeit besitzen, allein ein animus domini ist hier dennoch unmöglich, theils, weil der Emphyteuta weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, noch seyn kann, und das Wollen einer Unmöglichkeit nicht berücksichtigt werden dürfte, theils aber und hauptsächlich, weil die Emphyteusis und die Superficies einige, obwohl wenige Rechte nicht in sich fassen, welche zu dem Eigenthumsrechte gehören, z. B. die Befugniß der unbeschränkten Veräußerung, der Disposition selbst bis zur Verschlechterung oder Zernichtung der Sache. Diese, dem Emphyteuta nach seinem eignen Wissen nicht zustehenden einzelnen Befugnisse will er nun auch

---

bäude in dem gleichen Verhältnisse stehen muß. Daß aber in diesem Paragraphen des Fragments nur von dem Superficiar die Rede ist, und nicht von dem Eigenthümer, zeigt die Bemerkung, daß jenem possessor soli wegen der Eviction die actio ex emto zustehe, weil nämlich nach dem §. 1. der Superficiar sein superficiarisches Recht von dem Eigenthümer ganz gewöhnlich kaufte; von dem Eigenthümer selbst aber, als Evictionskläger gegen seinen auctor, von welchem er Grundstück und Gebäude gekauft hätte, kann nach dem Zusammenhange des ganzen Fragments und der Titelüberschrift gar keine Rede seyn. — Warum übrigens Warnkönig a. a. O. S. 177. sich auch in dieser Beziehung gegen Schröter erklärt, giebt er nicht näher an.

hinsichtlich derselben nicht ausüben, er will also weniger, als der Eigenthümer will [1]), wie könnte nun sein Wille doch wieder der nämliche seyn, der den Eigenthümer bei seinem factischen Innehaben der Sache beseelt? Von der Superficies wird aber sogar bestimmt gesagt, daß sie keine in rem actio utilis erzeuge, wenn sie nur auf kurze Zeit gegeben sey [2]), es entgeht ihr also in diesem Falle ein Hauptgrund ihrer Aehnlichkeit mit dem Eigenthume, und doch kann nicht bezweifelt werden, daß auch alsdann der Besitz des Superficiars der nämliche sey, folglich auch sein animus possidendi der nämliche bleibe, da wir für diesen Fall in den Quellen keine weitere Aenderung finden. Aus der Entstehung der agri vectigales aber, und aus ihrer doch immer nicht bis zur Gleichheit vorhandenen Aehnlichkeit mit dem lehenartig übertragenen Besitze an dem ager romanus, auf den animus possidendi des Emphyteuta, wie er sich in den Zeiten der klassischen Jurisprudenz findet, schließen zu wollen, kann unmöglich angehen, da wir einmal von dem animus des Besitzers eines ager romanus gar nichts wissen [3]), der Schluß daraus auf den animus des Besitzers eines Vectigalackers also ohne

1) Man werfe hier nicht etwa ein, daß die in dem Interdictsbesitze enthaltne Detention die unbeschränkte Dispositionsbefugniß gewähre, mithin ein Besitz von beschränkten Wirkungen überhaupt nicht möglich sey! Daß er möglich ist, zeigen ja alle nach den Rechtsquellen vorhandnen Fälle des Besitzes bei anderen Personen, als dem Eigenthümer, und dann hebt eine Beschränkung jenes Begriffes des factischen Besitzes für einzelne Fälle, wo er in ein rechtliches, folglich positiv bestimmtes Institut übergegangen ist, ihn selbst in seiner ursprünglichen, dem Staate vorhergehenden Bedeutung doch wahrlich nicht auf.

2) f. L. 1. §. 3. in f. cit.

3) Eher läßt sich aus der von Warnkönig S. 172. sehr richtig angeführten Analogie der Provincialgrundstücke schließen, daß der animus dabei, wenn man davon reden wollte, nicht der animus domini gewesen seyn kann.

Prämisse wäre, und da sodann in der Zeit der älteren römischen Republik, aus der wir so viele Beweise von Rohheit der Rechtsbegriffe besitzen, an eine solche Abstraction, wie die Idee des animus possidendi ist, nimmermehr gedacht werden kann, vielmehr diese erst ein Ergebniß einer längeren wissenschaftlichen Rechtsbearbeitung seyn konnte [1]).

Am deutlichsten ist aber wohl bei dem Faustpfandgläubiger zu erkennen, daß der animus possidendi nicht der animus domini sey, und es läßt sich dies sogar aus der früheren Gestalt des Pfandrechtes mit hoher Wahrscheinlichkeit ableiten. Die eine Art der Verpfändung nämlich, welche durch die mancipatio sub fiducia erfolgte, gab bekanntlich dem Gläubiger ein wahres, wenn gleich bedingt widerrufliches Eigenthum ex jure Quiritium, und sein Besitz der übergebenen Sache war daher natürlich mit dem animus domini verbunden, weil ihm das dominium wirklich zustand. Allein daneben stand zu gleicher Zeit ein Pfandrecht unter dem Namen pignus, bei welchem der Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache auf der Stelle erhielt, ohne daß Eigenthum auf ihn übertragen wurde, und bei dieser Gattung, welche Gajus [2]) entschieden als praktisch anwendbar neben der

---

1) Der Verf. will hier übrigens einem, ihm einmal gemachten Vorwurfe begegnen, daß er bei seiner Untersuchung über den anim. possid. nicht den historischen Weg eingeschlagen habe! Daß er die historische Behandlung in vielen Fällen für die allein richtige hält, glaubt er durch die meisten der von ihm bisher dem Publikum vorgelegten Arbeiten bewiesen zu haben, allein er kann sich niemals dazu entschließen, ein beliebig geschaffnes Hypothesengewebe mit dem Namen: Geschichte, zu belegen; er mag darum nicht ohne feste Angaben oder Anhaltspunkte sich auf Folgerungen einlassen, und am allerwenigsten kann er einer Periode Rechtsideen oder Rechtsschöpfungen zutrauen, deren sie absolut unfähig ist — aus diesem Grunde ging er von da aus, wo sich die erste Spur des anim. possid. findet, von der römischen Praxis der klassischen Zeit.

2) Gajus II. 60. 64. 220. III. 200. 201. 204. S. auch die merkwürdige Aeußerung von Isidor. origin. Lib. V. c. 25. Paull.

fiducia behandelt, konnte in keinem Falle, man mag sie nun für verschieden oder einerlei mit dem in Justinian's Rechtsbuche vorkommenden pignus, d. h. Faustpfandrechte, halten [1]), derselbe animus des besitzenden Gläubigers vorhanden seyn, welcher zufolge der fiducia entstand, da die Summe der bei beiden Instituten gegebnen Befugnisse so höchst verschieden war; es war also ein animus domini bei dem pignus ganz unmöglich, und doch ist nie bezweifelt worden, daß das pignus s. str. Justinians entweder damit identisch sey, oder sich mindestens daraus entwickelt habe. In der That aber ist es auch, wenn wir die Sache an sich betrachten, bei dem Faustpfandgläubiger, nach dem Zwecke, welchen er bei der verlangten Verpfändung im Auge hat, von selbst ganz klar, daß sein animus possidendi gar nicht der animus domini seyn kann, denn er will für jetzt noch keine Dispositionsrechte an der Sache ausüben, sondern sie nur einstweilen haben, d. h. unter dem Staatsschutze besitzen, um dann späterhin das ihm bedingt übertragene Verkaufsrecht realisiren zu können, wenn dessen Bedingung, nämlich die Nichttilgung der Schuld, erfüllt ist, und um dann nicht die Sache vielleicht erst mit vieler Mühe bei dritten Besitzern aufsuchen und einklagen zu müssen, oder sie wohl gar am Ende nicht zu finden. Aus diesem Grunde sprechen ihm die Rechtsquellen keineswegs, wie Schröter behauptet hat, alle Klagen des Eigenthümers als actiones utiles zu, sondern

---

sent. rec. II. t. 13. Conradi Diss. de pacto fiduc. Exerc. I. §. 16.

1) Glück, Erläut. d. Pand. Bd. XIV. S. 6—12. scheint eine Verschiedenheit anzunehmen, welche freilich durch den Mangel einer in rem actio bei dem alten pignus, vor Erfindung der Servianischen Klage, denkbar ist; s. a. Conradi l. c. Dagegen giebt keine Verschiedenheit an Hugo Rechtsgesch. 9te Aufl. S. 448—450, 766. Schweppe, Rechtsgeschichte §. 286. 287. und es dürfte schwer seyn, noch eine zweite spätere Veränderung, außer der bemerkten, nachzuweisen.

nur diejenigen, welche er braucht um seinen Besitz der Sache und deren Accessorien zu erhalten, wie namentlich die condictio furtiva, operis novi nunciatio, das Gesuch einer cautio damni infecti, die confessoria und selbst die Theilungsklagen, obwohl diese letzteren weniger mit dem Besitze, als mit der Absicht der römischen Praxis zusammenhängen mögen, die Sache nicht durch eine langwierige nominatio auctoris zu verschleifen. Dagegen muß bestimmt geläugnet werden, daß der Faustpfandgläubiger auch die auf das Eigenthum, als auf ein Recht gerichteten Klagen, nämlich eine utilis rei vindicatio [1]) und eine utilis negatoria habe, denn die von Schröter dafür angeführten Fragmente [2]) sprechen, soviel letztere Klage angeht, mit keiner Sylbe von einer negatoria, sondern nur von einer utilis *confessoria*, indem sie die Ausdrücke utilis petitio servitutis, vindicatio servitutis und detentio servitutis gebrauchen und eine operis novi nunciatio de jure i. e. de servitute erwähnen, d. h. zum Schutz der servitutis quasipossessio, die dem Pfandgläubiger natürlich mit dem Besitze der Hauptsache zugleich übergeben worden ist. Die utilis rei vindicatio des Faustpfandgläubigers soll aber durch folgende Stelle bewiesen werden: [3])

Julianus lib. XLIX. Digest.

Ei qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, *sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur*. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.

---

1) Schon Löhr in dessen und Grolman's Magazin, Bd. III. (I.) S. 129 ff. hat zwar dasselbe behauptet, s. aber dagegen die richtige und nur zu kurze Bemerkung von Glück, Bd. XIV. S. 15. 16.

2) L. 16. de servitutibus (8, 1.). L. 9. de oper. novi nunc. (39, 1,). L. un. §. 5. de remission. (43, 25.).

3) L. 16. cit.

Allein es fällt doch wohl von selbst in die Augen, daß die fundi ipsius utilis petitio nicht eine Vindication, d. h. eine Eigenthumsklage ist, sondern daß Julian nur eben die utilis *Serviana* darunter versteht, welche denn freilich eine in rem actio, also nach der Kunstsprache der Quellen eine petitio ist[1]; man darf aber sogar die vindicatio nicht darunter verstehen, da von dieser, als einer dem Pfandgläubiger zustehenden Klage sonst keine Spur vorkömmt, und Anomalieen ohne den strengsten Beweis nicht angenommen werden sollen. Daß aber die Gleichstellung des Pfandgläubigers mit dem Emphyteuta hierfür auch nichts beweißt, bedarf kaum bemerkt zu werden, da das „idem" sich natürlich nur auf die Hauptidee des ersten Theiles des Fragments bezieht, daß nämlich der Pfandgläubiger sich der utilis confessoria bedienen könne, und diese Klage nunmehr auch dem Emphyteuta[2] gestattet seyn soll. Eben so wenig spricht ferner Gajus[3])

---

1) Diese technische Bedeutung von petitio beweisen z. B. L. 28. de obl. et act. (44, 7.). L. 178. §. 2. de verbor. signif. (50, 16.) u. s. w.

2) Gelegentlich ist wohl hier die Bemerkung erlaubt, daß die Rechtsquellen nicht einmal dem Emphyteuta und Superficiar bestimmt eine utilis vindicatio gestatten, sondern nur eine actio in rem, welche auch wohl utilis genannt wird, was dann gewiß noch nicht mit vindicatio identisch ist, da dieser letzte Ausdruck in der Sprache des Corpus Juris nur die Eigenthumsklage bedeutet; s. L. 1. §. 1. si ager vectig. (6, 3.). L. 66. de evicion. (21, 2.). L. 73—75. de rei vindic. (6, 1.). L. 1. §. 3. de superficiebus cit. L. 16. §. 2. de pignorat. act. (13, 7.). L. 3. §. 1. de op. novi nunciat. (39, 1.). Ja, es zeigt L. 16. §. 2. §. 3. §. 5. cf. e. L. 17. de pignorib. (20, 1.) sogar, daß man die hypothekarische Klage auch wohl eine vindicatio in einem weiteren, nicht technischen, Sinne nannte, wo sie dann aber keine utilis ist; der §. 5. sagt noch ausdrücklich: crediter dominium vindicare non potest.

3) Gajus II. 36; s. auch Heffter edit. comm. IV. Gaj. p. XVIII. XIX.

von der formula des utilis vindicatio, welche angeblich dem Pfandgläubiger zustehen sollte, vielmehr spricht er von der actio Publiciana und deren Intention. Endlich sagt eine von Schröter selbst angeführte Stelle [1]) noch ausdrücklich, was sich aber freilich von selbst versteht, daß der Faustpfandgläubiger seinen Besitz nicht mit dem animus erwerbe „ut credat se dominum esse", womit denn auch gesagt ist, daß er folglich nicht den Willen haben kann, ein Recht daran auszuüben, welches er nicht hat, noch jemals zu haben im Stande ist.

Vielleicht kann man aber noch einen, unmittelbar hierher gehörigen, und bis jetzt noch nicht beachteten Fall des juristischen Besitzes anführen, bei welchem ein animus possidendi von einer ganz bestimmten einzelnen Richtung vorhanden ist, welcher unmöglich der animus domini seyn kann. Wenn der Hypothekargläubiger sich nämlich durch die hypothekarische Klage den Besitz der verpfändeten Sache verschafft hat, um sie zu verkaufen, dann kann es natürlich durch zufällige Umstände noch einige Zeit dauern, bis er wirklich zum Verkaufe schreitet; welchen Besitz soll der Gläubiger aber mittler Weile an der Sache haben? Offenbar muß man ihm einen rechtlich geschützten Besitz zusprechen, weil sonst der Zweck seines Habens der Sache vereitelt werden würde, und da nun das Salvianische Interdict, mag man auch über dasselbe denken, wie man will; doch stets nur ein interdictum *adipiscendae* possessionis bleibt, mithin nicht zur Wiedererlangung des gehabten, allein später entzogenen Hypothekenbesitzes dienen kann, so muß man dem besitzenden Hypothekargläubiger (der aber dadurch nicht etwa Faustpfandgläubiger wird, daher er z. B. nicht das Retentionsrecht des Letzteren hat!) die gewöhnlichen Besitzinterdicte zusprechen, also behaupten, daß er *possessio* habe. Dies wird

1) L. 13. §. 1. de Publ. act. (6, 2.).

denn auch nicht undeutlich in den Quellen gezeigt, indem von der hypothecaria actio gesagt wird, daß sie nur gegen den „*possessor*“ gehe, und dieser die *possessio* dabei herausgeben müsse, welche folglich auf den Gläubiger übergeht [1]). Sodann wird mit klaren Worten in zwei Fragmenten [2]), welche von hypotheca und Serviana actio sprechen, bemerkt, daß der Gläubiger die Hypothek „*possideat*“, also nach der bekannten Kunstsprache der Römer, unter dem Schutze der Interdicte besitze, nicht aber blos detinire, was denn natürlich nur von dem Falle verstanden werden kann, wo der Gläubiger sich zum Zwecke des Verkaufes in den Besitz der Hypothek gesetzt hat, welchen er ja außerdem nicht haben darf. Endlich muß man wohl noch dafür anführen, daß bekanntlich der bloße Detentor nach den römischen Ansichten zur operis novi nunciatio nicht befugt ist [3]), allein von dem Gläubiger „cui pignoris nomine *praedium* tenetur“ [4]) gesagt wird, daß er eine o. n. nunciatio vornehmen könne, was man wohl nur von dem besitzenden Gläubiger, und zwar von dem Hypothekargläubiger verstehen muß, da die Römer ein Faustpfand an unbeweglichen Sachen für etwas höchst Ungewöhnliches erklären [5]). Ist aber auf diese Art dargethan, daß auch der Hypothekargläubiger den juristischen Besitz an der ihm verpfändeten Sache erlangt [6]), so bedarf es wohl

1) L. 16. §. 3. cf. c. §. 5. de pignoribus (20, 1.).

2) L. 10. de pignoribus. L. 12. pr. §. 7. qui potiores in pignore (20, 4.).

3) L. 3. §. 3. de operis novi nunc. (39, 1.).

4) L. 9. eod. tit.

5) §. 7. J. de actionibus (4, 6.). L. 238. §. 2. de verbor. signif. (50, 16.).

6) Hiergegen ist auch keineswegeѕ L. 66. pr. de eviction. (21, 2.) wegen des Ausdrucks nuda possessio, welcher ohnehin nicht etwa technisch die Detention bezeichnet; vielmehr sagt dies Fragment nur, daß der Käufer die Evictionsleistung zwar nicht fordern

keiner weitläuftigen Ausführung, um zu zeigen, daß der animus possidendi, welchen er demnach haben muß, kein animus *domini* seyn kann, da er zu keinem andern Zwecke besitzt, als um die Sache zu verkaufen, und andre Dispositionen über die Sache weder vornehmen will noch darf.

Was schließlich den, bei dem *precario accipiens* und dem Sequester vorhandnen animus possidendi betrifft, so enthalten die Rechtsquellen aus leicht begreiflichen Gründen keine näheren Angaben darüber, allein daß bei ihnen von einem animus *domini* keine Rede sey, bedarf nach dem bisher, besonders hinsichtlich des Emphyteuta, Bemerkten, schwerlich einer weiteren Ausführung; es fehlen beiden genannten Personen eine Menge von Dispositionsbefugnissen, welche dem Eigenthümer zukommen, sie wollen diese also auch nicht ausüben, und ihr Wille ist daher kein auf unbeschränkte Disposition gerichteter, mithin kein animus domini. Auch entsteht der juristische Besitz, welcher ihnen ursprünglich darum fehlt, weil sie nur in fremdem Namen und vermöge fremden Rechtes die Sache detiniren, bei ihnen nur durch willkührliche positive Gestattung desselben, d. h. dadurch, daß der Eigenthümer sich seines rechtlichen Besitzes begiebt, und ihnen also erlaubt, in ein unmittelbares rechtliches Verhältniß zu der Sache zu treten.

Indem der Verf. nun hofft, die Unmöglichkeit des animus possidendi als animus *domini* in den bisher betrachteten Verhältnissen des Emphyteuta, Superficiars, Faustpfandgläubigers, zum Verkaufe besitzenden Hypothekargläubigers,

---

könne, wenn er, von dem Verkäufer dazu aufgefordert, sich der Publicianischen oder Emphyteuticarischen in rem actio nicht bedient habe, wohl aber, wenn der Verkäufer ihm seine hypothekarische Klage habe abtreten wollen, weil er dadurch ja doch kein festes Recht, sondern bloß Besitz (nuda possessio) erhalten würde, also ihm die Sache immer wieder evincirt werden könnte. S. auch Glück Bd. XX. S. 272. 273.

Precaristen und Sequesters, gezeigt zu haben [1]), glaubt er, daß der Beweis damit unumstößlich geliefert sey, daß der zum juristischen Besitz nöthige Wille kein animus domini seyn könne, indem aus den Rechtsquellen, wie Schröter durchgehends dargethan hat, und der Verf. selbst schon früherhin bemerkte [2]), nirgends sich ergiebt, daß in diesen Fällen des juristischen Besitzes eine Abweichung oder etwas Ungewöhnliches vorhanden sey — da man aber Ausnahmen ohne den strengsten Beweis nicht annehmen darf, so folgt daraus, daß der animus domini zwar auch animus possidendi, allein nicht der einzige animus possidendi, und nicht dessen allgemeiner Begriff ist [3]). Dieser allgemeine Begriff muß vielmehr auf andre Weise bestimmt werden, und der Verfasser, welcher von der Unrichtigkeit seiner früheren Ansicht bis jetzt sich nicht hat überzeugen können, versucht es, da sie mitunter mißverstanden worden ist, sie noch mit Folgendem zu begründen.

Die von ihm gegebne Begriffsbestimmung, daß der animus possidendi der Rechtsquellen nicht als der Wille sey, „in irgend einem rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen“, ist, wie der Verfasser aus mehreren Recensionen [4]) und aus einer Privatmittheilung ersehen hat, aus dem Grunde für nicht richtig erklärt worden, weil sie zu umfassend und ungenau sey, und eben

---

1) Man s. hierüber auch des Verf. angef. Abhandl. S. 148—155.

2) Ebendas. S. 155 ff.

3) Sollte dies nicht auch bestimmt aus L. 13. §. 1. de public. actione cit. hervorgehen?

4) Sie befinden sich in den Götting. gel. Anzeigen Jahrg. 1829. St. 131. S. 1301. 1302. (von Herrn OAGR. Franke in Jena); in Schunck's Jahrb. Bd. XI. S. 247. 248. (von V.); und ebendas. Bd. XII. S. 46. 47. (eine der letzten Arbeiten des seel. Zimmern). Weitere Recensionen sind dem Verf. nicht bekannt geworden.

so auf den Miethsmann u. dgl. passe, d. h. auch auf die Detention anwendbar sey. Allein der Verfasser muß sich gegen diese Deutung gar sehr verwahren, und glaubt sogar seinen Beurtheilern, welchen er sich übrigens wegen der freundlichen Aufnahme seiner Arbeit herzlichst verpflichtet fühlt und für manche Belehrung sehr dankbar ist, hier den kleinen Vorwurf machen zu müssen, daß sie seine Worte, welche doch wohl im buchstäblichsten Sinne hätten verstanden werden müssen, da es sich um Festsetzung eines einzelnen Begriffes handelte, zu allgemein genommen haben. Er glaubt aber mit dem Ausdrucke „rechtliches Verhältniß zu der detinirten Sache" bestimmt gesagt zu haben, daß eben noch ein Mehreres, als die bloße Detention vorhanden sey, nämlich ein rechtliches Etwas, und zwar ein zwischen der Sache und dem Detinirenden an sich, d. h. unmittelbar vorhandner rechtlicher Zusammenhang, wobei es ihm unnütz schien, das Prädikat „unmittelbares" zu dem Hauptworte „Verhältniß" zuzufügen, da, wenn nicht das Gegentheil bestimmt gesagt wird, jedes gegenseitige Sich-Verhalten zweier Gegenstände auch ein unmittelbares, durch keinen dazwischen liegenden, und den Kraftausfluß Beider modificirenden dritten Gegenstand hindurchgehendes Verhalten seyn muß. Hiernach ist der Verfasser auch jetzt noch der Meinung, daß es ganz unmöglich sey, seine Begriffsbestimmung von dem Miethsmanne, demjenigen welcher ein Retentionsrecht ausübt, dem Usufructuar u. dgl. zu verstehen. Alle so eben genannten Personen stehen nämlich durchaus in keinem unmittelbaren rechtlichen Verhältnisse zu der von ihnen detinirten Sache, da die Detention selbst nur ein factisches, nicht aber ein vom Staate anerkanntes und geschütztes, also rechtliches Verhältniß ist[1]; sie wollen sämmt-

---

1) Von dem remedium spolii, welches sich nach der, dem Verfasser richtig scheinenden Ansicht, auf alle Zustände bezieht, also auch zum

lich unmittelbar die Sache nur haben, d. h. factisch besitzen um darüber factisch disponiren zu können, allein ein Recht dieser Personen auf die Sache selbst und unmittelbar, ist, abgesehen von spezieller Verabredung und Uebertragung, gar nicht einmal denkbar, weil sie nur vermöge des Rechts desjenigen besitzen, mit welchem sie das Vertragsgeschäft abgeschlossen und von dem sie die Detention erhalten haben. Es ist daher der von ihnen gebrauchte Quellenausdruck „alieno nomine possident" eben so wahr als bezeichnend, allein er bedeutet nicht etwa, daß diese Personen das gemiethete Haus u. s. w. als Repräsentanten des Vermiethers besitzen, sondern daß sie es vermöge des dem Letzteren zustehenden Rechtes, als der Basis der ihnen übertragenen factischen Innehabung, besitzen, — es ist demnach des Verfassers Begriffsangabe des animus possidendi bei allen solchen nur detinirenden Personen gar nicht möglich, weil sie alle wissen, daß ihr Verhältniß zu der Sache kein rechtliches ist, noch, so lange sie keine widerrechtliche contrectatio begehen (welche ihnen dann, wie Dieben, freilich den juristischen Besitz und animus possidendi giebt!) seyn kann, und weil sie mithin auch nicht die Absicht haben können, in einem unmittelbaren rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen, oder eine solche Absicht, wenn sie einmal zufällig vorhanden wäre, als auf einem error juris beruhend, doch nicht berücksichtigt werden dürfte. Wie aber in dieser Hinsicht mitunter im Ernste gegen den Verfasser behauptet werden konnte, daß auch der Miethsmann u. s. w. eben so gut in einem rechtlichen Verhältnisse zu der Sache stehen wolle, als der Dieb und gewaltsame Besitzer, begreift er nicht, da der Ausdruck „rechtliches Verhältniß" doch nur ein im Rechtssysteme anerkanntes, mit speziellen rechtlichen Wir-

Schutze eines sonst nur factischen Zustandes dienen soll, kann hier natürlich keine Rede seyn.

ungen versehenes und durch rechtliche Mittel geschütztes Verhältniß bezeichnet, die Detention des Miethsmannes aber hiernach kein rechtliches (obwohl moralisch erlaubtes) Verhältniß, dagegen der Besitz des Diebes, so moralwidrig er ist, dennoch aus positiven Gründen zu einem rechtlich geschützten Verhältnisse erhoben worden ist[1]).

Allerdings ist nun der animus possidendi, so wie er hier abermals geschildert wurde, nur in einem formellen, keinen genau bestimmten Inhalt habenden Begriffe gegeben worden, allein es scheint dies nicht nur keinen Vorwurf dagegen zu begründen, sondern es muß sogar behauptet werden, daß der animus possidendi gar nicht anders, als formell definirt werden dürfe. Da er nämlich bei einer so großen Anzahl von Verhältnissen vorhanden ist, welche mit einander außerdem wenig oder nichts gemein haben, und nur darin übereinkommen, daß sie sämmtlich rechtlich anerkannte Verhältnisse sind, so folgt daraus, daß der ihnen allen gemeinschaftliche animus, (welcher bei ihnen allen wenigstens möglich ist,) nur eine solche Beschaffenheit haben könne, wie sie die ihnen allen gemeinschaftlichen Eigenschaften mit sich

---

1) Es mag bei dieser Gelegenheit erlaubt seyn zu bemerken, daß allerdings auch der Besitz des Usufructuars und Usuars ein juristischer seyn könnte, weshalb auch schon in des Verf. Abhdl. a. a. O. S. 158. Note 21. die Möglichkeit der Uebertragung des juristischen Besitzes auf diese Personen behauptet worden ist. Allein man muß es für eine rein positive Bestimmung erklären, daß der Emphyteuta und Superficiar juristischen Besitz haben sollen, während der Usufructuar und Usuar ihn an sich nicht haben, sondern nur die juris possessio; der Grund dieser positiven Anordnung dürfte aber wohl hauptsächlich in der großen Aehnlichkeit der beiden erstgenannten Rechte mit dem Eigenthum, und in ihrer ewigen Dauer zu suchen seyn, während das Recht der letzteren Personen ein ganz persönliches ist, mit ihrem Tode erlöscht, darum dem Rechte des Miethsmannes ähnlicher ist, keines solchen Besitzschutzes bedurfte, und der Berücksichtigung durch den Staat nicht werth war; s. auch Gajus II. 93.

bringen — wir können aber, wenn wir z. B. Eigenthum, Superficies, Precarium und den Besitz des Diebes mit einander vergleichen, keine andre, bei diesen Verhältnissen durchgängig vorkommende Eigenschaft auffinden, als daß sie eben rechtliche Verhältnisse sind, und es muß daher auch der animus possidendi, welcher in allen diesen Fällen den Besitz zum rechtlichen erhebt, und welcher in allen auf gleiche Weise vorhanden ist, auch nur die aus der homogenen Beschaffenheit dieser Fälle entspringende Natur haben, d. h. auch nur allgemein, ein auf ein rechtliches Verhältniß gerichteter Wille seyn. Jede genauere Bezeichnung würde ihn auf eines oder das andre der Rechtsverhältnisse, bei welchen er an sich möglich ist, unanwendbar machen, also unrichtig und willkührlich seyn, und die obige formelle Begriffsbestimmung erscheint daher gerechtfertigt.

Daß aber der quasi possessio bisher und früherhin nicht erwähnt wurde[1]), um durch ihren Beistand die versuchte Bestimmung des animus possidendi zu vertheidigen, geschah keinesweges aus Nachläßigkeit oder Uebersehen, sondern weil es scheint, daß diese anomale und künstliche Idee eines Rechtsbesitzes, bei welcher freilich an einen animus domini nicht gedacht werden kann, gar nicht zum Beweise über irgend einen Theil der Lehre von dem wirklichen Besitze einer körperlichen Sache zu brauchen ist. Offenbar ist nämlich die Innehabung einer wirklichen körperlichen Sache anfänglich, und in den roheren Zeiten des römischen Rechtes allein als Besitz angesehen und behandelt worden, so wie man anfänglich auch nur wirkliche körperliche Sachen kannte. Dies bezeugt

1) Dies wirft dem Verf. mit Unrecht vor: Buchholz Versuche über einz. Theile d. Theorie d. röm. Rechtes, Abhld. 8. S. 77. Wenn aber Zimmern in der angef. Rec. glaubt, daß die juris possessio den Verf. in Verlegenheit setze, so ist dies ganz irrig, vielmehr lag sie damals außer dem Plane, welchen er befolgte; das Weitere s. oben im Texte.

bekannte Etymologie des Wortes possidere, welche hier
en unzweifelhaften Beweis abgiebt, ganz klar; ja, die
omer selbst, und sogar in den späteren Zeiten, sagen noch
ers, daß possessio nur an körperlichen Sachen statt finde [1])
d schließen also die quasipossessio ganz und gar aus.
lein die nähere Betrachtung des Wesens der Detention und
s daraus entspringenden Besitzes mußte, besonders in der
r die Abstractionen aus dem Leben so reichhaltiger Zeit der
assischen Jurisprudenz, bald darauf führen, daß ein sehr
hnliches Verhältniß auch bei den jura in re statt finde, d. h.
aß auch bei diesen Rechten Jemand sich faktisch in der Lage
efinden könne, sie auszuüben, ohne sie gerade nothwen-
ig zu haben, und daß damit auch der Wille (und gewöhn-
ich auch der Glaube) verbunden seyn könne, diese Rechte
als Rechte zu haben — so bildete sich die Idee der unkör-
perlichen Sachen und der quasipossesio, man wendete, so
viel dies möglich war, die bei dem Besitze wirklicher körper-
licher Sachen geltenden Grundsätze auf die neugeschaffene
rein juristische Erfindung an, und es entstand das ganz neue
Rechtsinstitut der quasipossessio. Allein es ist hierbei nur
erlaubt, die Grundsätze der Mutterlehre auf die daraus ab-
geleitete Lehre anzuwenden, das Umgekehrte wäre aber wider-
sinnig, und wenn es schon sehr zweifelhaft ist, ob man ei-
nen, nur bei quasipossessio angeführten Grundsatz, auch auf
die corporis possessio ausdehnen dürfe, so ist es doch völlig
unmöglich, aus der Natur der ersteren auf die Beschaffen-
heit der letzteren zu schließen, zumal in solchen Punkten, in
welchen beide ihrem Wesen nach verschieden seyn müssen.

---

1) Festus de verbor. signif. L. 14. s. v. possessio; Theophil. paraphr. L. IV. t. 15. pr. L. 3. pr. de adquir. possess. (41, 2.) L. 4. §. 27. de usurpat. et usucap. (41, 3.) Erstere Citate hat Savigny Besitz §. 12. S. 165. nicht angeführt, obwohl sie völlig unverdächtig sind.

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß die hier vertheidigte Begriffsbestimmung des animus possidendi auch auf den quasipossessor paßt, da er ebenfalls in einem rechtlichen Verhältnisse zu der besessenen unkörperlichen Sache stehen, d. h. das von ihm innegehabte Recht als Berechtigter ausüben will.

Die ganze bisherige Ausführung wird nun schon hinreichend gezeigt haben, daß Warnkönig's Ansicht über die gegnerische Meinung auch die des Verfassers ist, obgleich er in der Begründung seinen eignen Weg eingeschlagen hat; es bleibt also nur übrig zu untersuchen, in wiefern die von Warnkönig aufgestellte positive Begriffsbestimmung gebilligt werden kann, oder verworfen werden muß. Seine Darstellung ist im Wesentlichen folgende:

„Da bei dem Emphyteuta, Faustpfandgläubiger u. s. w., und eben so bei dem Inhaber eines Provinzialgrundstückes [1]), entschieden Besitz vorhanden ist, animus domini aber in diesen Verhältnissen undenkbar ist, so muß der animus possidendi folglich ein anderer animus seyn, und muß so allgemein bestimmt werden, daß er auch jene Fälle befaßt [2]). Er läßt sich aber nicht anders als negativ definiren, dem alieno nomine possidere gegenüber, und es ist also nur derjenige Besitzer (d. h. Interdictsbesitzer), der die Absicht hat, für sich selbst zu detiniren, daher der Ausdruck animus *sibi* habendi richtig ist."

Allein man muß gegen diese, übrigens von ihrem Urheber selbst nicht ausführlich begründete Begriffsbestimmung unbedingt einwenden, was wohl von selbst in die Augen fällt,

---

1) Des Diebes erwähnt Warnkönig S. 174. nur ganz kurz und gelegentlich, ohne näher zu untersuchen; der Verf. hält aber den hieraus abgeleiteten Grund für einen der bedeutendsten.

2) Dies ist gewiß der allein richtige Weg!

nämlich, daß auf diese Weise offenbar entweder jeder bloß detinirende Besitzer den animus possidendi haben würde, oder (da ausdrücklich alle Personen, welche *alieno nomine* possident, ausgeschlossen seyn sollen) der ganze Begriff des animus possidendi eine Zufälligkeit seyn, und bloß durch den gesetzlichen Ausspruch bei dem Einen statt finden, bei dem Andern aber nicht vorhanden seyn würde, und sein Inhalt sich weder speziell noch auch allgemein angeben ließe — damit würde er aber ganz aufgehoben seyn, und lediglich als ein Name ohne alle Realität existiren. Daß nämlich auch der Pachter, der Commodatar u. dgl., welche anerkannter Maaßen nur detiniren, die Absicht haben, für sich zu detiniren, mit anderen Worten, daß diese Personen ausschließlich und zu ihrem eignen alleinigen Nutzen die Sache haben und anwenden wollen, ist klar, allein hierin unterscheiden sie sich von dem Emphyteuta oder Superficiar oder Precaristen durchaus nicht, welche alle gleichfalls zum eignen ausschließlichen Vortheile die Sache haben wollen. Wollte man aber hiergegen einwerfen, daß der Pachter in den Rechtsquellen so oft als alieno nomine possidens vorkomme, der Emphyteuta aber niemals, so würde die Frage nach dem Warum? unbeantwortet bleiben müssen, da beide Personen in diesem Punkte einander ganz gleich stehen, indem beide für sich und zu eignem Nutzen die Sache haben, und haben wollen, und man würde also in die zweite oben angegebne Alternative gerathen, womit abermals die Natur des animus possidendi nicht klarer geworden, vielmehr die Unmöglichkeit einer Aufklärung dargethan wäre.

Gerade dadurch aber, daß man — die nothwendige Allgemeinheit des Begriffes des animus possidendi vorausgesetzt — diejenigen Fälle, in welchen er nach den Rechtsquellen angenommen wird, mit solchen Fällen vergleicht, welche, obwohl sie den ersten höchst ähnlich sind (wie dies bei der Emphyteuse und dem Pacht so sehr der Fall ist), dennoch

Uebrigens bedarf es wohl kaum der Bemerkung, daß die hier vertheidigte Begriffsbestimmung des animus possidendi auch auf den quasipossessor paßt, da er ebenfalls in einem rechtlichen Verhältnisse zu der besessenen unkörperlichen Sache stehen, d. h. das von ihm innegehabte Recht als Berechtigter ausüben will.

Die ganze bisherige Ausführung wird nun schon hinreichend gezeigt haben, daß Warnkönig's Ansicht über die gegnerische Meinung auch die des Verfassers ist, obgleich er in der Begründung seinen eignen Weg eingeschlagen hat; es bleibt also nur übrig zu untersuchen, in wiefern die von Warnkönig aufgestellte positive Begriffsbestimmung gebilligt werden kann, oder verworfen werden muß. Seine Darstellung ist im Wesentlichen folgende:

„Da bei dem Emphyteuta, Faustpfandgläubiger u. s. w., und eben so bei dem Inhaber eines Provinzialgrundstückes [1]), entschieden Besitz vorhanden ist, animus domini aber in diesen Verhältnissen undenkbar ist, so muß der animus possidendi folglich ein anderer animus seyn, und muß so allgemein bestimmt werden, daß er auch jene Fälle befaßt [2]). Er läßt sich aber nicht anders als negativ definiren, dem alieno nomine possidere gegenüber, und es ist also nur derjenige Besitzer (d. h. Interdictsbesitzer), der die Absicht hat, für sich selbst zu detiniren, daher der Ausdruck animus *sibi* habendi richtig ist."

Allein man muß gegen diese, übrigens von ihrem Urheber selbst nicht ausführlich begründete Begriffsbestimmung unbedingt einwenden, was wohl von selbst in die Augen fällt,

---

1) Des Diebes erwähnt Warnkönig S. 174. nur ganz kurz und gelegentlich, ohne näher zu untersuchen; der Verf. hält aber den hieraus abgeleiteten Grund für einen der bedeutendsten.

2) Dies ist gewiß der allein richtige Weg!

nämlich, daß auf diese Weise offenbar entweder jeder bloß detinirende Besitzer den animus possidendi haben würde, oder (da ausdrücklich alle Personen, welche *alieno nomine* possident, ausgeschlossen seyn sollen) der ganze Begriff des animus possidendi eine Zufälligkeit seyn, und bloß durch den gesetzlichen Ausspruch bei dem Einen statt finden, bei dem Andern aber nicht vorhanden seyn würde, und sein Inhalt sich weder speziell noch auch allgemein angeben ließe — damit würde er aber ganz aufgehoben seyn, und lediglich als ein Name ohne alle Realität existiren. Daß nämlich auch der Pachter, der Commodatar u. dgl., welche anerkannter Maaßen nur detiniren, die Absicht haben, für sich zu detiniren, mit anderen Worten, daß diese Personen ausschließlich und zu ihrem eignen alleinigen Nutzen die Sache haben und anwenden wollen, ist klar, allein hierin unterscheiden sie sich von dem Emphyteuta oder Superficiar oder Precaristen durchaus nicht, welche alle gleichfalls zum eignen ausschließlichen Vortheile die Sache haben wollen. Wollte man aber hiergegen einwerfen, daß der Pachter in den Rechtsquellen so oft als alieno nomine possidens vorkomme, der Emphyteuta aber niemals, so würde die Frage nach dem Warum? unbeantwortet bleiben müssen, da beide Personen in diesem Punkte einander ganz gleich stehen, indem beide für sich und zu eignem Nutzen die Sache haben, und haben wollen, und man würde also in die zweite oben angegebne Alternative gerathen, womit abermals die Natur des animus possidendi nicht klarer geworden, vielmehr die Unmöglichkeit einer Aufklärung dargethan wäre.

Gerade dadurch aber, daß man — die nothwendige Allgemeinheit des Begriffes des animus possidendi vorausgesetzt — diejenigen Fälle, in welchen er nach den Rechtsquellen angenommen wird, mit solchen Fällen vergleicht, welche, obwohl sie den ersten höchst ähnlich sind (wie dies bei der Emphyteuse und dem Pacht so sehr der Fall ist), dennoch

den animus possidendi nicht in sich fassen [1]), ist es allein möglich, dessen Begriff rein und scharf darzustellen, wo sich denn aber zeigt, daß zwar überall der Wille, die Sache für sich zu detiniren, nöthig ist [2]), dieser Wille aber noch keineswegs hinreicht, da sonst auch dem Pachter animus possidendi zukäme. Wohl aber liegt, wie schon oben (s. Seite 373.) gezeigt wurde, ein sehr wesentlicher Unterschied darin, daß der Pachter nur kraft fremden Rechtes (alieno nomine), also mittelbar die Sache detinirt, und hierdurch freilich für den eigentlichen Besitzer (alieno nomine) die Sache fortwährend behält, der Emphyteuta hingegen, sobald nur sein Recht existirt, unbekümmert um die Frage, wer Eigenthümer seines emphyteutischen Grundstückes sey, das ihm unmittelbar an der Sache zustehende Recht ausüben will, also direkt und selbstständig (proprio nomine) in einem rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen beabsichtigt, und nur aus diesem Grunde und zu diesem Zwecke die Sache detinirt. Das Resultat dieser Vergleichung und

---

1) Man muß also hier an den furiosus, welcher detinirt, s. L. 1. §. 3. de adquir. possess. (41, 2.) nicht denken, welchen Warnkönig's Begriff freilich auch ausschließt.

2) Nahmen aber die Römer bei solchen Personen, die entschieden nur detiniren, auf das Vorhandenseyn und die Art ihres Willens Rücksicht? Man sollte glauben, daß dies der Fall nicht war, da sie nach L. 1. §. 3. cit. §. 5. L. 18. pr. eod. L. 31. §. 3. de usurpat. (41, 3.) die Detention ganz ohne Unterschied bei dem furiosus, dem Schlafenden, dem Sohne, und dem Pachter, für vorhanden erklären, ungeachtet die Willensbestimmung bei diesen Personen höchst verschieden beschaffen ist. Hier kann denn auch der Ausdruck der L. 1. §. 3. cit. „quia affectionem tenendi non habent" nichts erheben (so wenig als diese Aeußerung für Warnkönig spricht) weil dies entweder ein unbestimmt allgemeiner Ausdruck ist, oder nur so viel als „affectio in tenendo" bedeutet, d. h. daß diese Personen bei ihrem Detiniren gar keinen Willen, also auch keinen animus possidendi haben, was ja bei dem furiosus und pupillus stets der Fall ist; von diesen allein aber redet das Fragment.

der Natur der hierdurch aufgefundnen Unähnlichkeit wird aber nur die von dem Verfasser aufgestellte Begriffsbestimmung des animus possidendi seyn, und sie hoffentlich hierdurch noch mehr gerechtfertigt erscheinen. Dagegen ist aber mehr als wahrscheinlich, daß Herr Professor Warnkönig durch den von ihm gebrauchten Ausdruck „Wille für sich selbst zu detiniren", auch nur das bezeichnen wollte, was der Verfasser durch den seinigen: „Wille in irgend einem unmittelbaren rechtlichen Verhältnisse zu der detinirten Sache zu stehen", sagen wollte, und was er in diesen Bemerkungen noch näher zu erläutern sich bestrebte. Eben die hier vorgetragnen Gründe gegen den buchstäblichen Sinn der Definition Warnkönig's machen dem Verfasser dies glauben, und indem er sich hierin nicht zu täuschen hofft, freut er sich, in jedem Falle, in dem von ihm bei Bearbeitung dieses Gegenstandes eingeschlagenen Wege, mit einem so hochgeachteten Manne zusammengetroffen zu seyn.

XVII.

Ueber die Umwandlung einer obligatio in solidum in eine obligatio pro parte durch den Gebrauch des auxilii divisionis.

Von
von Wening-Ingenheim.

§. 1.

Mehrere der ausgezeichnetsten neuern Rechtslehrer stellen die Behauptung auf, daß ein Correus durch das beneficium divisionis nur eine temporäre Befreiung erhalte, also auf Nachzahlung belangt werden könne, wenn die übrigen Mitschuldner den Gläubiger zu befriedigen nicht vermochten.

Wahrscheinlich deutet Thibaut[1]) dieß in den Worten an: „Endlich haben mehrere Bürgen die Einrede der Theilung, jedoch unter den Beschränkungen, welche in Rücksicht der *exceptio ordinis* gelten". Bestimmter äußert sich Mackeldey[2]), indem er sagt: „nach dem beneficium divisionis kann der auf das Ganze in Anspruch genommene Mitbürge verlangen, daß er vorerst nur auf seinen Antheil belangt werde", und noch deutlicher ist die Erklärung, welche

1) System §. 953.

2) Lehrb. neunte Aufl. §. 330 a. E. §. 438. Lit. A. no. 3.

Warnkönig und Mühlenbruch darüber gegeben haben. Bei jenem heißt es [1]):

„Neque vero hoc divisionis beneficium ipsius obligationis naturam mutat, nam si creditor a singulis partes consequi non potuit, ab eo, qui suam partem praestitit, solidum petere non impeditur." [2])

Dieser aber spricht sich über die entgegengesetzte Meinung so aus: [3])

„Ceterum *cujusdam* scriptoris opinio, perimi beneficio illo correalis obligationis vim, narrantis, *insulsissima* est, ut vix digna sit, quae commemoretur, nedum quae refellatur."

Ob dieser Angriff wider Schweppe gerichtet seyn sollte, welcher allerdings wörtlich jene Aeußerung machte [4]), oder gegen Zimmern, der sie zu vertheidigen suchte [5]), läßt sich nicht bestimmen. Allein so viel ist gewiß, die beiden genannten Rechtslehrer waren weder die einzigen, noch die ersten, welche der verworfenen Ansicht ihren Beifall schenkten. Unter den Neuern haben sie Bucher [6]), Seuffert [7]), Valett [8]) angenommen, unter den ältern war sie die allein herrschende, niemals bestrittene. So finden wir

---

1) Commentar. T. sec. P. prior. §. 543. a. E. pag. 168.

2) Auf ähnliche Weise hatte ich mich in den ersten drei Auflagen meines Lehrbuches geäußert. S. §. 207. (III. Bd. §. 44.) a. E. In der vierten ist die Ansicht nach der vorliegenden Ausführung abgeändert.

3) Doctr. Pand. §. 595. a. E.

4) Das röm. Privatr. §. 511. „welches beneficium, wenn die Verwandlung geschehen ist, die obligatio in solidum für immer aufhebt."

5) Römischrechtl. Untersuchungen v. Neustetel u. Zimmern pag. 268—272.

6) Recht der Forderungen. 2te Ausg. S. 407.

7) Lehrb. des prakt. Pandekt. R. §. 385.

8) Pandekt. R. §. 451.

die Lehre, daß mit der Theilung der Solidaranspruch erlösche, und die nachher eintretende Insolvenz des Einen die übrigen nicht onerire, z. B. bei Ago[1]), in der Glosse[2]), bei Bartolus und Baldus[3]), Connan[4]), Cujac[5]), Donell[6]), Vinnius[7]), Lauterbach[8]), Perez[9]), Huber[10]) Struve[11]), Voet[12]), Hofacker[13]), u. A. Meines Wissens giebt es nur einen einzigen Schriftsteller, der schon früher, als die zuerst angeführten neuern Rechtslehrer die Verwandlung durch das beneficium geläugnet hat. Es ist Hellfeld, welcher übrigens seine Meinung bloß ausspricht, ohne sich auf eine Belegstelle oder irgend einen andern Grund dafür zu berufen[14]).

---

1) Summa Cod. VIII. 41. ad leg. 16.

2) ad leg. 52. §. 1. Dig. de fidejussor. (XLVI. 1.) not. (h) ad leg. 16. Cod. de fidejuss. (VIII. 41.) not. (i).

3) ad leg. Si creditores 18. Cod. de pact. (II. 3.)

4) Commentar. lib. VI. cap. 7. no. 10.

5) ad lib. 3. respons. Papin. in expl. leg. 51. §. 1. de fidejussor. in Opp. T. IV. pag. 962.; ad lib. 11. Papin. respons. in explicat. l. 52. §. 1. de fidejuss. in Opp. T. IV. pag. 1316., besonders aber ad leg. 14. Cod. de fidejussor. in Opp. T. IX. pag. 1279.

6) ad leg. 23. Cod. de fidejuss. no. 7. in Opp. T. IX. pag. 1356. — Comment. j. c. lib. 15. cap. 5. no. 2. T. IV. pag. 47.

7) Select. quaest. II. 40.

8) de benefic. divis. §. 32. in Diss. academ. I. no. 14.

9) Praelect. in Cod. lib. 8. tit. 41. no. 28.

10) Praelect. j. c. sec. inst. lib. 3. tit. 21. no. 7.

11) Exercitat. ad Pand. ex. 47. ad lib. 46. tit. 1. no. 44.

12) Comment. ad Pand. lib. 46. tit. 1. no. 21.

13) Princ. j. c. §. 2037.

14) Jurispr. forens. §. 1916 a. E. „utrumque beneficium obligationem vero non absolute sed solum per accidens tollit, si creditor a debitore principali plenariam, vel a confidejussore pro rata satisfactionem consequitur."

Kaum läßt sich daher glauben, daß jene Ansicht über die Aufhebung des Solidaranspruches vermittelst der exceptio divisionis als opinio insulsissima gelten, der Erwähnung nicht einmal würdig seyn sollte; und indem ich es unternehme, eine bessere Begründung derselben zu versuchen, da Zimmern den Gegenstand nicht vollständig und erschöpfend genug behandelte, möchte ich wenigstens Veranlassung zu einer wiederholten nähern Prüfung des zweifelhaften, durchaus nicht entschiedenen Punktes geben.

§. 2.

Die Frage, deren Lösung hier erfolgen soll, kann natürlich nur in dem Falle gestellt werden, wenn der Schuldner von dem beneficium divisionis Gebrauch machen darf, und wirklich davon Gebrauch macht. Völlig außerhalb der Grenze unserer Aufgabe liegt es daher, den Streit zu berühren, welchen Theilnehmern an einer Verbindlichkeit das auxilium zustehe, und besonders, wie weit etwa durch die Nov. 99. das ältere Recht ausgedehnt worden [1]). Allein einige andere Betrachtungen dürfen wir nicht umgehen, weil sie von Einfluß auf unsere Untersuchung sind, obgleich dabei von der Rechtswohlthat der Theilung gar keine Rede seyn kann. So oft nämlich mehrere Mitschuldner vorhanden sind, und die Folgen des Angriffes von Seiten des Creditors auf Einen, rücksichtlich der übrigen aufgefaßt werden sollen, muß man drei Fälle unterscheiden.

1) Der Mitschuldner wird auf das Ganze belangt, es kommt zu keiner Theilung, und man frägt, welche Wirkung dieß rücksichtlich der Andern habe.

2) Der Gläubiger belangt sofort Alle, jeden auf das ihn treffende Ratum.

---

1) S. Muehlenbruch D. P. §. 595. not. 5., mein Lehrb. §. 207. (III. 44.) not. o—r und die dort citirten Schriften.

3) Der Belangte begehrt die Theilung nach der epistola D. Hadriani, und von dem Richter wird darauf erkannt.

Die Untersuchung der zwei ersten Fälle enthält gleichsam die Vorbereitung zur Entscheidung unserer Aufgabe, die Erörterung des dritten aber deren Lösung selbst.

I. Von der Wirkung für die Verbindlichkeit mehrerer Schuldner, wenn der Creditor Einen derselben *in solidum* belangte.

§. 3.

Daß die Obligation in Ansehung der übrigen erlösche, wenn der Creditor von dem Einen, welchen er belangte, befriedigt worden, versteht sich von selbst, und bedarf keiner Erörterung [1]. In wie ferne aber die nämliche Wirkung eintritt, oder nicht, wo der Beklagte, ohne bezahlt zu haben, aus einem besondern Grunde von der Klage entbunden wurde, ist eine Frage, deren Beantwortung gar nicht hierher gehört [2]. Uns kann lediglich folgender Fall, und die daraus sich ergebende Rechtsfrage beschäftigen. Wenn ein Theilnehmer dergestalt vollkommen wirksam belangt wurde, daß er weder aus seiner Person, noch aus einem Grunde, welcher den ob-

1) §. 1. J. de duob. reis (III. 16.) Fr. 3. i. f. eod. (XLV. 2.)

2) Man kann den Satz aufstellen, daß andere Erlöschungsgründe, durch welche die Schuld selbst aufgehoben wird, gleiche Wirkung mit der Zahlung haben, nicht aber solche, welche bloß die Person des Belangten liberiren — vergl. Donell. Tract. de duob. reis; in Opp. T. IX. pag. 1255. sq. cap. 7. cap. 9. no. 3. Muehlenbruch D. P. §. 596. Mein Lehrb. §. 207. (III. 43.) not. c. d. Noch bestimmter und deutlicher drückt sich Keller über die Litiscontestation aus, indem er S. 447. sagt: „daß alle Schicksale, welche den objectiven Bestand der Obligation selbst treffen, dem Einen, wie dem Andern, zu Gute kommen, diejenigen aber, welche bloß auf die Persönlichkeit Eines von ihnen wirken, die Substanz der Obligation aber nicht berühren, auch nicht über diese Person hinaus auf die andern Einfluß haben sollen."

jectiven Bestand der Obligation selbst trifft, der Klage zu begegnen vermag, also auf das Solidum verurtheilt werden muß, sind damit die Andern schon liberirt, obgleich der Verurtheilte die Zahlung nicht leisten konnte, oder bleibt im Gegentheile noch jeder von ihnen verbindlich? Zunächst möchte man wohl das letztere behaupten, wenn man von dem Ausspruche der positiven Gesetze abgesehen, aus der Natur und dem Wesen der Correalobligation die Entscheidung zu gewinnen sucht. Darin scheint ja gerade das Eigenthümliche der Verpflichtung in solidum zu liegen, daß jeder Theilnehmer selbstständig als Schuldner auftritt, demnach es auch bleibt, und so lange verfolgt werden kann, als die obligatio überhaupt besteht, und nicht objektiv erloschen, folglich der Rechtsgrund der Klage nicht zerstört ist. Die römischen Juristen hatten jedoch darüber ganz andere Ansichten, welche erst durch eine Constitution Justinian's allgemein verändert wurden. Es sey erlaubt, vorerst einer andern Bestimmung zu erwähnen, die, obwohl das ihr zum Grunde liegende Verhältniß von dem unsers Falles verschieden ist, doch sehr merkwürdig für uns seyn muß, weil auch ihr zu Folge die Electio des einen Verpflichteten den zweiten nach älterm Rechte befreite. Wir meinen die Vorschrift über die Haftung des Hauptschuldners und seines Fidejussors. Denn darüber besteht kein Zweifel, die Belangung des Hauptschuldners liberirte den Bürgen.

„Electo reo principali, fidejussor, vel heres ejus liberatur [1]).

Weniger gewiß scheint es, ob auch umgekehrt die Belangung des Bürgen dem Schuldner Befreiung gewährte. Will

1) Paul. recept. sent. II. 17. 816. Auf dieser Ansicht scheint auch die Entscheidung des Falles in Fr. 7. de fidejussor. et nominat. (XXVII. 7.) zu beruhen. Keller a. a. O. pag. 437. not. (5). Vergl. Cujac ad lib. 3. respons. Papin. in expl. leg. 7. in Opp. T. IV. pag. 957.

man dieß läugnen, so kann man sich darauf berufen, daß ausdrücklich in keiner Stelle das Gegentheil vorkommt, und zugleich die Stelle von Paulus zu einem argumentum a contrario benützen[1]). Inzwischen möchte doch die bejahende Meinung den Vorzug verdienen, nachdem der Grund, welcher die Befreiung des Einen veranlaßt, für die des Andern offenbar derselbe seyn muß, und da außerdem Justinian beider Fälle neben einander auf solche Weise gedenkt, daß man glauben darf, es sey auch der Hauptschuldner durch Belangung des Bürgen ehedem frei geworden[2]).

Gerade auf die nämliche Weise wurden aber durch die Electio eines rei promittendi oder eines Fidejussors die übrigen rei und Bürgen nach altem Rechte vollkommen liberirt. Dieß stellen jedoch mehrere Rechtslehrer in Abrede, und suchen daher die Gesetze, welche es deutlich aussprechen, auf irgend eine Art anders zu deuten, um sie mit dem neuen Rechte in Einklang zu bringen. So Cujac[3]) und ganz vorzüglich Donell[4]). Indessen hat der erstere selbst viel öfter wiederum das Gegentheil behauptet, die Verschiedenheit des ältern und neuern Rechtes anerkannt[5]), und der zweite an andern Orten wenigstens so viel zugestanden, einige der äl-

---

1) Meerm. observat. lib. 8. cap. 9.

2) C. 28. de fidejuss. in verb. „vel ipsum reum." Vergl. Bachov ad Treutl. Vol. II. Disp. 18. lit. B. pag. 895. Keller a. a. O. pag. 436. S. ferner Fr. 11. mandati (XVII. 1.) und dazu Cujac ad African. tract. 7. in expl. l. 21. §. ult. de fidejussor. in Opp. T. I. pag. 1419. Faber Conjectur. Lib. I. cap. 17.

3) Recitat. ad l. 14. Cod. de fidejussor. in Opp. T. IX. pag. 1279.

4) ad leg. Reos. 23. Cod. de fidejussor. in Opp. T. IX. pag. 1353 sq.

5) Observat. XXIII. 25. Comment. ad libr. 4. quaest. Papin. in expl. leg. 116. de V. O. in Opp. T. IV. pag. 104. Vergl. Meerm. Variant. lib. 2. cap. 16. in Opp. Cujac T. III. pag. 910. 911.

tern römischen Juristen seyen allerdings entgegengesetzter Meinung gewesen, diese jedoch niemals die praktisch geltende geworden[1]. Wir wenden uns daher zur Auslegung der Gesetze selbst.

§. 4.

1) C. 28. de fidejussor. (VIII. 41.) JUSTINIAN. Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut *contestatione* contra unum ex his facta, alter non liberetur, ita et in *fidejussoribus* observari. Invenimus etenim, et in fidejussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum: et *ideo* generali lege sancimus, nullo modo *electione unius ex fidejussoribus*, vel *ipsius rei alterum* liberari, vel *ipsum reum* fidejussoribus, vel *uno ex his* electo, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori, sed manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat. *Idemque in duobus reis promittendi constituimus*, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ispi creditori actiones integras, et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. *Si enim pactis conventis* hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non *ipsa legis auctoritate* hoc permittatur? — —.

Niemanden kann es entgehen, daß diese Constitution den klarsten Beweis liefere, wie früher durch die Contestation gegen Einen reus promittendi oder Einen Fidejussor der andere liberirt wurde. Der Kaiser sagt nicht etwa bloß, er ver-

---

1) Comment. ad Fr. 116. de V. O. in Opp. T. XI. pag. 1485. Tract. de duob. reis cap. 8. no. 3. in Opp. T. IX. pag. 1278. 79. „etsi forte hoc jure quibusdam visum est, uno ex reis promittendi convento, alterum ea electione liberari, tamen contrarium obtinuisse plurium sententiis."

ordne, eine solche Liberation sollte unstatthaft seyn, so, daß man glauben dürfte, ein bereits geltendes Recht wolle er wiederholt anführen und einschärfen; sondern es liegt offenbar und deutlich ausgedrückt vor, etwas ganz Neues sey von ihm durch diese lex generalis sanctionirt worden. Zwischen Mandatoren und Fidejussoren, dann andern reis promittendi — giebt die Constitution an, habe früher ein Unterschied bestanden. Bei erstern wäre durch Belangung des Einen Liberation des Andern nicht bewirkt worden, und zwar schon in Folge gesetzlicher Vorschrift, bei den übrigen hätten die Partheien meistens dasselbe durch ausdrückliche Verabredung erzielt. Dies bestimmte den Kaiser, was bisher nur auf Uebereinkunft beruhte, damit es solcher nicht mehr bedürfe, gesetzlich anzuordnen.

Unbegreiflich bleibt es, wie jene Juristen, welche behaupten, immer habe in jenen Verhältnissen dasselbe Recht gegolten, diese Constitution völlig unerörtert lassen, und gar nicht daran denken, den Widerspruch zu lösen, der aus derselben wider ihre Meinung hervorgeht. Für sie bliebe wahrlich kein anderer, als der Ausweg übrig, Justinian eines Irrthums zu beschuldigen, wozu hier wohl schwerlich eine Veranlassung gegeben ist. Mit beßtem Grunde haben sich daher diejenigen, die eine Veränderung des ältern Rechtes annehmen, zum Beweise dafür auf unsere Constitution berufen [1]). Daraus ergiebt sich aber zugleich das Unstatthafte künstlicher und geschraubter Erklärungen solcher Fragmente, welche das ältere Recht darstellen, nachdem die Vereinigung auf geschichtlichem Wege eben so einfach, als natürlich sich darbietet. Eine deutliche Aeußerung dieser Art finden wir

2) in dem Fr. 116. de Verb. obligat. Papinian lib. 4. quaestion.

---

1) Suerin (H. a.) Lection. cap. 28. in Otto. Thes. IV. pag. 45. Bachov ad Treutl. Vol. II. Disp. 28. Thes. I. lit. B.

Decem stipulatur a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire: sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: *non enim sunt duo rei* Maevius et Titius ejusdem obligationis, sed Maevius sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit: *igitur nec Titio convento Maevius liberatur*, qui an debiturus sit, incertum est: etc.

Hier ist geradezu gesagt, daß bei duobus reis durch die conventio des Einen der Andere liberirt werde, und daß man eben darum in dem vorliegenden Falle den Mävius nicht als befreit betrachten dürfe, weil die Schuldner nicht rei promittendi wären. Selbst Donell giebt diese Erklärung, und weiß seine Ansicht, wie schon bemerkt worden, nur durch die Behauptung zu rechtfertigen, ut vel olim jus fuit, vel certe fuit quorundam sententia, adversus quam propterea constitutione Justiniani opus fuerit [1]).

3) Fr. 2. de duob. reis (XLV. 2.) Javolen. lib. 3. ex Plaut.

Cum duo eandem pecuniam aut promiserint, aut stipulati sunt: ipso jure et singuli in solidum debentur, et singuli debent: ideoque petitione, acceptilatione unius tota solvitur obligatio.

Man muß in seinem Vorurtheile schon sehr befangen seyn, um dieser Stelle einen andern Sinn unterzulegen, als den, welchen sie wörtlich kund giebt, und die Interpretation, es wäre bei „petitione" das „id est, cum effectu" zu subintelligiren [2]), möchte sich wohl eben so wenig des Beifalls er-

1) ad l. 116. de V. O. T. XI. pag. 1435. Vergl. auch Fr. 42. de reb. cred. (XII. 1.)

2) Curtius εικαστων lib. 4. cap. 8. in Otto. Thesaur. T. 5. pag. 252. Pacius εναντιοφανων centur. 4. cap. 78.

freuen, als die Spitzfindigkeit Donell's, der die petitio auf den reus stipulandi beschränken will, weil man nur von dem creditor sagt „petit“ — nicht aber von dem Schuldner![1]) — — .

4) Fr. 51. §. 4. de eviction. (XXI. 2.) ULPIAN. lib. 80. ad Edict.

Si plures mihi in solidum pro evictione teneantur, deinde post evictionem cum uno fuero expertus, exceptione me esse repellendum, Labeo ait.

Auch dieser Stelle weiß man nichts weiter entgegen zu setzen, als, Labeo's Meinung sey bloß angeführt, jedoch nicht gebilligt, oder, es müsse wiederum vorausgesetzt werden, daß der Kläger bereits die Befriedigung erhalten habe.[2]).

§. 5.

Wirkliche Schwierigkeiten ergeben sich dagegen aus einigen Stellen, welche auch für das ältere Recht eine solche Liberation durch Belangung des einen Mitschuldners verwerfen. In dieser Hinsicht darf man sich jedoch nicht auf Vorschriften über die mandatores beziehen, nachdem dieselben, wie die Const. 28. de fidejuss. erklärt, schon früher anders behandelt wurden, als Bürgen und rei promittendi[3]).

---

1) ad leg. 23. Cod. de fidejussor. l. c. no. 2. Nicht viel sonderbarer hätte man sich darauf berufen können, Javolen sey ja bekanntlich dubiae sanitatis gewesen! Vergl. JENICHEN de Jav. Prisco. §. 12. Zimmern Rechtsgesch. I. §. 88.

2) DONELL l. c. no. 3. POTHIER Pandect. Just. Lib. 21. tit. 2. sect. 2. art. 1. §. 2. no. 45. not. 16.

3) Daher können Fr. 27. §. ult. mandat. (XVII. 1.) Fr. 13. 52. §. 3. de fidejussor. (XLVI. 1.) C. 23. eod. (VIII. 41.) keineswegs gegen unsere Ansicht benützt werden. Ja, sie unterstützen dieselbe vielmehr, weil es sich nicht begreifen ließe, warum der Satz über die Nichtbefreiung durch Belangung des Einen rücksichtlich der Mandatoren immer so bestimmt hervorgehoben würde, wenn er überall, wo mehrere zugleich verpflichtet sind, gegolten hätte. Die Vorschrift der Const. 23. dagegen kann man keineswegs, weil sie

Wohl aber wird es nothwendig, den Ausspruch nachfolgender Fragmente zu würdigen, und die Gründe der abweichenden Bestimmung zu erforschen.

Fr. 3. de his qui effud. (IX. 3.) ULPIAN lib. 23. ad Ed.

Sed si cum uno fuerit actum, ceteri liberabuntur.

Fr. 4. eod. PAULUS lib. 19. ad Edict.

Perceptione, non litis contestatione — — —

Fr. 5. §. ult. commodat. (XIII. 6.) ULPIAN lib. 28. ad Ed.

Si duobus vehiculum commodatum sit — — —. Quare duo quodammodo rei habebuntur, et si alter conventus *praestiterit*, liberabit alterum.

Fr. 1. §. 43. depositi (XVI. 3.). ULPIAN lib. 30. ad Ed.

Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agere poterit: nec liberabitur alter, si cum altero agatur, non enim *electione*, *sed solutione liberantur*.

Fr. 8. §. 1. de legat. I. (XXX.) POMPON. lib. 2. ad Sabin.

Si ita scriptum sit: Lucius Titius heres meus, aut Maevius heres meus decem Seio dato: cum utro velit, Seius aget: ut si cum uno actum sit, et *solutum*, alter liberetur, quasi duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero partem petierit? Liberum cui erit, ab alterutero reliquum petere.

Ueber den Gegensatz zwischen diesen und den oben angeführten Stellen kann man sich nun auf vierfache Art äußern.

---

mit den Worten reos principales beginnt, auf reos promittendi anwenden, sondern muß sie offenbar von dem Verhältnisse der Hauptschuldner und der Mandatoren verstehen, so, daß in ihr ausgesprochen ist, man könne nach dem Hauptschuldner den Mandator ausklagen, und umgekehrt. Dazu führt der ganze Zusammenhang, und die oben gegebene Erklärung der Const. 28. de fidejuss.

1) Man giebt den letztern, also denjenigen den Vorzug, welche die Liberation verwerfen. Die Unzuläßigkeit dieser Auslegung ist wohl ohne Zweifel bisher schon erwiesen, da auf solchem Wege eine Erklärung der Const. 28. und der Fr. 116. de V. O. u. d. ü. niemals gewonnen werden könnte. Allein gewiß geht es

2) eben so wenig an, eine Verschiedenheit des Ausspruches in den zuletzt citirten Gesetzen läugnen zu wollen, und jede Interpretation, die dahin gienge, auch sie in der Weise zu erklären, als bewirkte Belangung des Einen Befreiung des Andern, müßte sichtbar zu den gewaltsamsten Verdrehungen führen. Eher ließe es sich noch hören, wenn man mit Donell

3) sagte, es seyen die römischen Juristen über diesen Punkt verschiedener Meinung gewesen, doch jene als die praktische anerkannt worden, nach welcher die Liberation nicht eintreten sollte. Indessen wird man zur Rechtfertigung dieser Behauptung vergeblich einen haltbaren Grund aufsuchen. Wie möchte man glauben, daß gerade Javolen, Papinian und Ulpian die unpraktische Ansicht in Schutz genommen hätten, Ulpian mit sich selbst im Widerspruche gestanden sey, endlich Justinian ausdrücklich eine durchgreifende Neuerung angekündigt hätte, wobei er noch dazu einen ganz anderen Grund dafür angegeben, als den naheliegenden, sein Ausspruch sey bereits der praktisch geltende gewesen? Es bleibt daher

4) gewiß nur der Ausweg übrig, in einer Unterscheidung der Fälle die Ursache der verschiedenen Aussprüche zu suchen. Dieß möchte aber nur in nachfolgender Weise geschehen können.

§. 6.

Wenn mehrere Personen als Schuldner einer und derselben Verbindlichkeit erscheinen, und zwar in der Art, daß

deshalb weder mehrere Verbindlichkeiten der Einzelnen anerkannt werden, wie dies z. B. bei den Sponsoren der Fall war [1]), noch jeder die Obligation ganz erfüllen muß, folglich die Zahlung so vielmal eintritt, als Theilnehmer da sind, wie bei Delinquenten in Ansehung der Strafe [2]): lassen sich doch über die Natur und die Auflösung jenes solidarischen Verhältnisses zwei Ideen auffassen.

1) Jeder Theilnehmer repräsentirt die Verpflichtung ganz und so vollständig in seiner Person, als wäre er der alleinige Schuldner, dergestalt, daß schon nach der Begründung der Obligation, gleichviel welcher, aber dann immer nur ein Einziger als der Debitor hervortritt. Die natürliche Folge dieser Vorstellung und Ansicht muß es seyn, daß auch Alles gerade in der Art sich ergiebt, als wäre immer nur Ein Schuldner da gewesen. Der Creditor hat es mit diesem allein zu thun, und so gewiß jener, wenn bloß der A ihm schuldete, nicht den B oder C belangen kann, weil er von A nicht befriedigt worden, eben so entschieden darf er sich gegen die übrigen Mitschuldner nicht wenden, sobald er sich mit dem Einen eingelassen hat, der nunmehr als sein einziger Schuldner da steht.

2) Man nimmt an, es bestehen gleich anfangs eben so viele Obligationen, als Theilnehmer sind, eben so viele Schuldner; mit andern Worten, die Obligation wird so oft repräsentirt, als einzelne Theilnehmer gezählt werden. Hier ist es denn auch begreiflich, wenn der Creditor einen Jeden ganz als seinen Schuldner behandeln darf, nicht bloß Einen, und wenn dann erst nachher, sobald der Creditor von Einem die Zahlung erhielt, auch in Ansehung der übrigen eine Auflösung der Verpflichtung erfolgt. Vielleicht könnte man sich über die Verschiedenheit beider Ansichten nicht unschicklich

---

1) Gajus III. §. 121.

2) Fr. 11. §. 2. ad leg. Aquil. (IX. 2.).

so ausdrücken: Nach der ersten wird die Bestimmung über die solidarische Haftung der Einzelnen suspendirt bis zum Angriffe, der Electio des Creditors, nach der zweiten resolvirt mit der Bezahlung. Stritte man dagegen über Werth und Vorzug der Einen vor der Andern, so mag man immerhin die zweite für die billigere erklären — als die strenger juristische, als die consequentere dürfte die erste gelten.

Damit glauben wir aber auch nach der Eigenthümlichkeit des römischen Rechtes den Grund zur Auflösung der verschiedenen Aussprüche in den angeführten Stellen gefunden zu haben. Oder warum sollte bei fidejussoribus und reis promittendi die Befreiung erfolgt seyn, bei Depositarien dagegen und bei Mandatoren nicht? Wohl ohne Zweifel, weil dort ein stricti juris, hier aber ein bonae fidei negotium vorhanden war. Die Bestimmung für Mandatoren läßt sich übrigens noch auf andere Weise, und strenge juristisch erklären. Bei ihnen kann nämlich genau genommen nur der zweite, nicht aber der erste Gesichtspunkt hervortreten. Man wird nicht sagen, das Mandat bestehe nur Einmal, sondern vielmehr, es seyen mehrere Mandate vorhanden, und jeder Mandator darf ganz als mandans mit der actio mandati contraria von dem Creditor verfolgt werden [1]). Daß man bei der prätorischen Klage, der actio de effusis et dejectis, nicht die strengere Ansicht geltend machte, ist ferner eben so natürlich, als es sich leicht erklärt, wie ein Miterbe nach Fr. 8. §. 1. de legat. I. nicht durch die Belangung des Andern befreit werden konnte, indem der einseitige Wille, die Absicht des Testirers entscheiden muß, und diese nicht durch Anwendung des strengen Rechtes verkümmert werden darf. Eine Mißdeutung der letzten Stelle gegen unsere Behauptung aus dem Grunde, weil Pomponius die Correos mit dem Erben zusammenstellt, woraus dann zu folgern wäre, was von

1) Vergl. Keller §. 53.

letztern gilt, müßte auch von den erstern gelten, ist wohl kaum zu befürchten. Schon das „quasi" bezeichnet den Sinn einer beiläufigen Vergleichung, die keine durchgreifende seyn kann, und diese geht augenscheinlich nur auf den Umstand, daß in so ferne, als einer der Miterben das Legat entrichtet hat, die Wirkung dieselbe sey, wie wenn die Miterben rei promittendi wären, folglich keineswegs darauf, daß im Punkte der Liberation überhaupt den Miterben die rei gleich stünden.

Das Ergebniß unserer Untersuchung möchte nun folgendes seyn:

1) Es bestand unter den römischen Juristen keine Verschiedenheit der Meinungen über die hier geprüften Verhältnisse. Vielmehr war es

2) strenge juristische Ansicht, daß Bürgen und rei promittendi durch Belangung des Einen von ihnen liberirt wurden. Diese Liberation war

3) eine vollkommene, d. h. die Andern konnten nun gar nicht weiter belangt werden. Es ist daher eine ganz unbegründete, dem Ausspruche der oben angeführten Stellen widersprechende Hypothese einiger neuern Rechtslehrer, welcher zu Folge auch nach altem Rechte jene Befreiung nur eine temporäre und bedingte gewesen seyn soll, indem die übrigen nicht Belangten doch immer für das hafteten, was von dem Belangten nicht zu erhalten war [1]). Man gewahrt dabei sogleich aus den Citaten, wie z. B. bei Glück, daß jene Hypothese aus der Unterlassung der oben entwickelten Trennung zweier Fälle, und der Vermischung der verschiedenen Stellen hervorgegangen sey, wie denn Fr. 2. de duob. reis und Fr. 3. de his qui effud. neben einander aufgeführt werden.

4) Rücksichtlich der Mandatoren, und in andern Fällen, welche ex bona fide oder nach allgemeinem billigen Ermessen beurtheilt wurden, galt jener strenge Rechtssatz nicht, sondern

1) S. z. B. Glück Comment. IV. §. 339. pag. 524. not. 78.

die übrigen blieben nach der Belangung des Einen, so lange der Creditor nicht befriedigt war, verbindlich.

5) Erst Justinian hat durch die Const. 28. die alte strenge Rechtsansicht ganz verworfen, und allgemein den Grundsatz aufgestellt, daß dem Creditor durch die Electio des Einen niemals ein Präjudicium rücksichtlich der Andern erwachsen soll — donec per omnia ei satisfiat.

6) Diese Neuerung hat übrigens ihren Grund keineswegs darin, daß etwa eine solche Veränderung der Rechtsprincipien eingetreten wäre, nach welcher die Anwendung der früher geltenden strengen Bestimmungen nicht mehr möglich gewesen wäre, sondern in der Beachtung der Absicht, welche man voraussetzen konnte, und die ganz gewöhnlich auch durch besondere Uebereinkunft gesichert wurde.

II. Von der Wirkung für die Verbindlichkeit mehrerer Schuldner, wenn der Creditor auf die Raten klagt.

§. 7.

Welche Folgen sich nach dem ältern Rechte ergaben, wenn der Creditor das Ratum einklagte, vorausgesetzt, er that dieß nach seiner Willkühr, also nicht, weil er es mußte, wie bei Sponsoren und Fidepromissoren, oder, weil schon vertragsmäßig jeder Theilnehmer nur für sein Ratum haftete: darüber finden wir in den Quellen keine ganz vollständige, jeden Zweifel beseitigende Auskunft. Indessen läßt sich, wenn man die bisher entwickelten Grundsätze consequent anwendet, und den Ausspruch etlicher Stellen damit vereinigt, eine sichere Entscheidung gewinnen. Zwei Fälle sind zu unterscheiden.

I. Der Gläubiger tritt nur gegen Einen auf, und fordert von diesem nicht das Ganze, sondern einen Theil der Zahlung, gleichviel, ob ein wirkliches Ratum, oder nicht,

mehr oder weniger, als dasselbe beträgt. Da nun in Folge der Electio eines Fidejussors und eines rei promittendi dieser Belangte einziger und alleiniger Schuldner wird, so, als wäre ein anderer nie vorhanden gewesen [1]), muß sich die Wirkung nothwendig von selbst ergeben. Ob ich nämlich von Jemanden das Ganze, oder einen Theil verlange, ich greife ihn immer als meinen Schuldner an, und wie im ersten Falle die übrigen liberirt wurden, da sie mit der Electio des Andern aufgehört haben, Schuldner zu seyn, wird dasselbe in gleicher Weise bei dem zweiten Falle geschehen. Für Fidejussoren und reos promittendi trat folglich die Liberation ein, sobald der Creditor Einen belangt hatte, es mochte auf das Ganze oder einen Theil die Klage gestellt seyn. Dagegen konnte der Belangte selbst in Ansehung des Restes eben so wenig befreit werden, als sonst ein Schuldner, welcher auf einen Theil ausgeklagt war, oder eine Abschlagszahlung geleistet hatte. Wo aber nach altem Rechte jener Grundsatz der Liberation durch Belangung des Einen nicht galt, wie bei Mandatoren, Erben u. s. f., konnte er auch bei Ausklagung des Ratums offenbar keine Anwendung finden, und für das letztere haben wir eine deutliche Belegstelle in Fr. 8. §. 1. de legatis I. [2]), welche in so ferne, als man den oben erörterten Gegensatz auffaßt, selbst einen indirecten Beweis für unsere hier gegebene Erklärung enthalten möchte. Seit der Const. 28. wurde das strenge Rechtsprinzip natürlich auch in dem Falle der Klage auf einen Theil unpraktisch, es kann jetzt der Creditor das Ratum überhaupt einklagen, ohne seinen Solidaranspruch gegen den Belangten, oder die Uebrigen zu verlieren, und daß man dabei nicht unbedingt einen Verzicht auf den Solidaranspruch annehmen dürfe, gehört nicht hieher, und ist schon längst vollkommen dargethan [3]).

1) S. oben §. 6.
2) S. oben §. 5.
3) Cujac ad leg. 18. Cod. de pact. in Opp. T. IX. pag. 99.

Indem wir die Beantwortung der Frage bloß aus den allgemeinen Rechtsansichten über das Solidarverhältniß nach der nothwendigen Consequenz zu gewinnen trachteten, vermieden wir es absichtlich, ein Fragment zu berühren, dessen Inhalt mit jener Consequenz im Widerspruche steht, und auf ganz andere Ergebnisse hinzuleiten scheint. Es ist

Fr. 51. §. 1. de fidejussor. Papinian. lib. 3. respons. Fidejussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit, quominus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet: eam enim quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent: sed humanius est, si et alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei, qui solvit, succurri.

Aus dieser Stelle müssen folgende Sätze abgeleitet werden:

1) Die übrigen Theilnehmer sind in Ansehung des Restes nicht liberirt.

2) Derjenige, welcher einen Theil bezahlte, wird nicht unbedingt allein für den Rest haften.

3) Er wäre dagegen zur Theilnahme an der Bezahlung des Restes strenge genommen verpflichtet.

4) Doch kommt ihm hierin die billigere Auslegung der Juristen zu Hülfe, in so ferne er das ihm wirklich treffende Ratum erlegt hat [1]).

Die zwei ersten Sätze stehen nun der oben geäußerten Ansicht geradezu entgegen, sind also, konnte diese folgerecht genannt werden, inconsequent, und es frägt sich, wie der Widerspruch zu beseitigen oder die Abweichung zu erklären sey. Indessen liegt, wenn wir nicht sehr irren, die Auflösung ganz nahe, und hat keine besondere Schwierigkeit. Jedermann

---

Donell. eod. in Opp. T. VII. pag. 199. v. Bülow Abhandlung II. no. 18.

1) Vergl. Cujac zu dieser Stelle; in opp. T. IV. pag. 960. Zimmern a. a. O. pag. 272.

weiß, daß jenes Fragment lange nach Einführung des beneficii divisionis geschrieben worden, und auf dem Einflusse dieses Mittels beruht ohne Zweifel die Singularität der Entscheidung, die Abänderung des frühern Rechtes. Am klarsten, und wohl unwiderleglich, geht solches aus dem zweiten abstrahirten Satze hervor. Wie wäre es sonst möglich gewesen, den, welcher das Ratum bezahlt hatte, von der vollen Zahlung des Restes zu befreien? Mit dem beneficium ist aber der Natur des Solidaranspruches zuwider, ein Weg dazu bezeichnet. Die Sache verhält sich nämlich so: Vor der epistola D. Hadriani konnte gewiß, wie von selbst einleuchtet, der zweite Satz niemals gelten. Nach der epistola trat aber freilich auch nicht schon ipso jure die Theilung ein, dergestalt, daß die petitio nur auf partes viriles gegangen wäre, wie bei Sponsoren und Fidepromissoren, sondern der Beklagte mußte auf das Mittel sich berufen, und konnte dasselbe nur unter bestimmten Voraussetzungen erhalten. Indessen war es doch ohne Zweifel höchst natürlich, daß man, wenn der Creditor selbst auf einen Theil klagte, oder denselben empfing, obwohl sich der Belangte auf die epistola nicht berufen hatte, daß man annahm, es habe der Creditor die Theilung der obligatio zugestanden. Nun verlor er zwar, was die petitio betrifft, den Solidaranspruch, also die volle Klage gegen denjenigen, welcher einen Theil bezahlt hatte, keineswegs, allein, er mußte sich nunmehr doch die Theilung des Restes gefallen lassen, deren Zuläßigkeit er bereits factisch anerkannte. Umgekehrt durfte aber auch nach strenger Consequenz jener, der zum Theil schon Befriedigung gewährte, seinen Beitritt zur Theilung des Restes nicht versagen, und wie oben, und schon von Zimmern bemerkt worden, „erst die so gerne zu billiger Rücksicht geneigte römische Interpretation hat es gewagt, diese Consequenz zu brechen.“ Daß aber sodann bei der Theilung des Restes die Bestimmungen der epistola, namentlich über Berücksichtigung der Solvenz, ein-

treten, ist begreiflich, und in der Stelle ausdrücklich hervorgehoben. Eben so erklärbar wird aber der Ursprung und das Verhältniß des ersten Satzes unsers Fragmentes. Vor Einführung des beneficii mußten die Andern liberirt werden, wenn den Einen der Creditor auch nur auf einen Theil belangt hatte. Dieß war, wie wir gezeigt haben, nothwendige Folge der Wirkung, welche die Electio überhaupt veranlaßte. Allein mit der epistola, die das Wesen der Correalität eigentlich zerstörte, fiel auch jene Folge weg, es konnte nun die Liberation der übrigen nicht mehr eintreten, sobald durch Ausklagung des Ratums die Veranlassung zur Theilung gegeben worden. Jeder Theilnehmer ist jetzt berechtigt, die Theilung zu fodern, also keinem möglich, sich davon auszuschließen und für befreit zu erklären, weil sich der Creditor gegen den andern gewendet hat. Er muß sich darauf einlassen, wenn sie gefodert wird, um so gewisser, als ja die Wohlthat auch für ihn sich äußert, da er außerdem auf das Ganze belangt werden konnte. Ob übrigens die divisio auf dem Wege der exceptio herbeigeführt wurde, oder factisch dadurch veranlaßt, daß der Eine theilweise Zahlung leistete, oder der Creditor ihn auf einen Theil ausklagte, das kann in dem Verhältnisse der übrigen, und der Fortdauer ihrer Verbindlichkeit keinen Unterschied begründen. Das Ergebniß der Erklärung unserer Stelle ist demnach einfach folgendes: Vor der epistola wurden die Andern befreit, sobald der Creditor von Einem einen Theil angenommen oder ausgeklagt hatte, nach der epistola fand dagegen diese Befreiung nicht mehr Statt. Es versteht sich jedoch von selbst, daß diese Veränderung nur da eintrat, wo es in Folge der epistola zur Theilung kommen konnte, und nicht allgemein, nicht auch bei reis promittendi, welchen das beneficium damals gar nicht zustand. Ganz unrichtig ist es also, wenn z. B. Glück sagt[1]: „Hatte

1) Commentar Th. IV. §. 339. pag. 524. not. 78.

hingegen der Gläubiger nur einen von den *correis* auf seinen Antheil belangt, so wurde dadurch der andere *correus* von seiner Verbindlichkeit nicht frei, sondern konnte auch nach dem Pandectenrechte von dem Gläubiger wegen seines Antheiles in Anspruch genommen werden."

§. 8.

II. Der Creditor belangt sämmtliche Theilnehmer, und zwar nicht allgemein und ungetheilt, sondern jeden auf das treffende Ratum. Hätten wir auch keine einzige Stelle zur Entscheidung dieses Falles, man könnte doch kaum einen Augenblick deshalb im Zweifel stehen, welche Wirkung eine solche Theilung habe. Sobald nämlich der Gläubiger gegen die Natur des Solidarverhältnisses alle Debitoren auf die Raten ausklagt, kann dies nur mit vollkommener Aufgebung des Solidaranspruches in der Art Statt finden, daß dieser völlig aufgelöst, und die Obligation vollkommen dergestalt getheilt wird, als wären lauter einzelne Obligationen, eben so viele, als Theilnehmer vorhanden. Sehr richtig darf man daher mit Bülow erklären [1]), es liege in einer solchen Ratenausklagung ein Verzicht auf den Solidaranspruch. Dann muß aber auch nothwendig jeder Theilnehmer bloß für sein Ratum allein haften, in Ansehung des Uebrigen liberirt seyn. Gerade so sprechen sich nun die Gesetze selbst aus.

Fr. 51. §. 4. de fidejussor. PAPINIAN. lib. 3. respons. Cum inter fidejussores actione divisa quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt, ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet: nec auxilio defendetur aetatis actor: non enim deceptus videtur, jure communi usus.

Fr. 52. §. 1. de fidejussor. PAPINIAN. lib. 11. respons. Inter fidejussores actione divisa, condemnatur si desi-

1) a. a. O. pag. 158. no. 4.

erit esse solvendo: fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt, damnum dabit, quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit: pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

C. 16. de fidejussor. Gordian. III.

Liberum fuit, antequam lis adversus omnes fidejussores contestaretur, unum eorum eligere creditori, si modo ceteros minus idoneos existimaret. At nunc post litis contestationem, petitionem divisam redintegrari, juris ratio non patitur.

Die Wirkung der Theilung ist hier mit aller Bestimmtheit so angegeben, wie wir sie vorher bezeichnet haben, und Niemand wird es läugnen, daß nach diesen Stellen, wenn die divisio einmal geschehen ist, aus der Zahlungsunfähigkeit des Einen kein Nachtheil für den Andern entstehe, was insbesondere Fr. 51. §. 4. wörtlich sagt. Nur möchte vielleicht noch die Frage Anstand erregen, ob denn jene Stellen wirklich von unserm Falle, der durch den Gläubiger selbst herbeigeführten Theilung, und nicht vielmehr von derjenigen sprechen, welche auf Andringen des oder der Belangten nach der epistola bewirkt wurde. Und in der That, der Umstand scheint zweifelhaft, ja, er ist es nicht einmal, die Gesetze haben, wir müssen das zugestehen, ganz gewiß nur die divisio nach der epistola vor Augen. Dafür spricht, daß sie auf die Untersuchung über die Solvenz der Theilnehmer Rücksicht nehmen, worauf es, wie nachher bemerkt werden soll, nicht ankommen kann, wenn der Creditor selbst die Theilung begründet. Dies kann uns jedoch nicht hindern, jene Stellen zum vollsten Beweise für unsere Meinung zu gebrauchen. Der Grund zur Wirkung, welche die Theilung veranlaßt, muß doch ganz evident lediglich in ihr selbst gesucht und gefunden werden, und es ist gewiß höchst gleichgültig, von wem sie veranlaßt wurde, ob auf Begehren des Creditors, oder nach

dem Verlangen des Debitors, immer wird die Wirkung nothwendig dieselbe seyn. Trägt der Creditor das onus, wenn der Belangte die Theilung forderte, und hinterher eine Insolvenz sich ergiebt, wie sollte ihm daraus ein Vortheil zuwachsen, daß er sofort selbst auf Theilung andringt, wie sollte er damit den Schuldnern den wichtigen und bedeutsamsten Effect ihrer Wohlthat entziehen können? Dagegen mag es noch erlaubt seyn, auf einen andern Punkt, der, genau genommen, freilich außerhalb der Grenze unserer Aufgabe liegt, doch deßwegen in Kürze aufmerksam zu machen, weil man ihn gewöhnlich ganz unberücksichtigt läßt. Wo nämlich der Beklagte sich des auxilii divisionis bedienen will, wird die Untersuchung über die Solvenz bekanntlich nothwendiges Erforderniß, und der Belangte muß auf diesen Umstand hin seine Einrede begründen. Ganz anders verhält es sich, wenn der Creditor selbst die Theilung begehrt, und sie gleichsam selbst macht. Es ist nun alles seine Sache, da er ganz freiwillig handelt, und es kann nur sein Schaden werden, wenn er einen Insolventen zur Theilung beigezogen[1]). An diesen Rechtssätzen wurde aber durch die Const. 28. de fidejussor. nichts verändert. Sie beschäftigt sich ja gar nicht mit unserer Frage, sondern lediglich mit dem Falle, wo Einer von den Theilnehmern belangt worden. Noch deutlicher wird sich dieß aus der unten folgenden Erklärung über das Verhältniß der Const. 28. zur epistola D. HADRIANI ergeben.

III. Von der Wirkung des *auxilii divisionis*.

§. 9.

Sehr bedeutend für die Betrachtung der Wirksamkeit des auxilii divisionis ist vor allem der Umstand, welchen dasselbe,

---

1) Eine vortreffliche Ausführung dieses Punktes findet sich bei DONELL. ad leg. 23. Cod. de fidejuss. no. 9. in Opp. T. IX. pag. 1358. sq.

und die epistola D. Hadriani [1]) veranlaßte. Es dürfte nämlich wohl keinem Zweifel unterworfen werden, daß die epistola aus der lex Furia de sponsu [2]) hervorgegangen, in dieser der Grund zu jener zu finden sey. Was nach der lex Furia bei Sponsoren und Fidepromissoren galt, daß jeder nur pro parte virili haftete, sollte auch bei Fidejussoren eintreten. Dabei läßt sich denn kaum glauben, daß die Bestimmungen durchaus verschieden, in gar nichts sich ähnlich gewesen seyn sollen, mit andern Worten, daß die epistola auf ein völlig neues Prinzip gegründet worden wäre, und gewiß natürlich ist es, anzunehmen, die Hauptansicht sey dieselbe geblieben, wenn auch in den Voraussetzungen Veränderungen eintraten. Gajus deutet selbst darauf hin [3]), indem er sagt: Eo igitur distat haec epistula a lege Furia etc., und dadurch klar zu erkennen giebt, es bestehe eine Aehnlichkeit, und keine allgemeine Verschiedenheit sey eingetreten. Worin dürfte aber das abweichende, worin das Uebereinstimmende liegen? Jenes zeigt sich vorzugsweise einmal darin, daß nach der lex Furia die Theilnehmer schon ipso jure bloß pro parte virili verpflichtet waren, während das auxilium divisionis auf dem Wege der exceptio geltend gemacht werden mußte [4]), und sodann darin, daß der epistola zu Folge auf die Sol-

---

1) Ueber die gegen die Annahme, daß Hadrian der Urheber unserer Rechtswohlthat sey, erhobenen ungegründeten Zweifel (wegen Paul. r. S. I. 20. und Fr. 49. §. 1. de fidejussor.) vergl. besonders Cujac ad lib. 27. quaest. Papin. in expl. l. 49. in Opp. T. IV. pag. 695. Jensii Strictur. ed. postr. pag. 473.: „pro Pii in quibusdam M. SS. legitur Hadriani." d'Arnaud Conject. I. 9. pag. 69. Zimmern Rechtsgesch. I. pag. 273. u. vergl. Kämmerer in den Beitr. Abhl. 1. §. 7.

2) Gajus IV. §. 22.

3) III. §. 121.

4) Fr. 28. de fidejussor. Cujac ad lib. 25. Paul. ad Edict. in expl. l. 28.; in Opp. T. IV. pag. 373.

venz der Fidejussoren zur Zeit der Litiscontestation gesehen werden muß.

Die Uebereinstimmung dagegen kann man ganz allein in dem Umstande finden, daß, sobald die Theilung geschehen ist, vollständig die gleiche Wirkung eintritt, folglich sofort keiner weiter über seinen Antheil haftet, vielmehr jeder in Ansehung des Restes ganz liberirt wird. So führet das beneficium, jedoch mit einer dem Gläubiger vortheilhaften Modification, nach deren Anerkennung die Sache auf jenen Punkt hin, auf welchem sie in Folge der lex Furia schon anfangs steht, und darin liegt die Nachbildung der neuen Bestimmung im Verhältnisse zu der alten.

Dieser Beweis für die Ansicht, daß die Befreiung durch das beneficium divisionis eine vollständige und nicht eine bloß temporäre gewesen sey, welchem wenigstens hohe innere Wahrscheinlichkeit kaum abgesprochen werden dürfte, wird ferner durch die Vorschrift des alten bis auf Justinian geltenden Rechtes über die Liberation der Bürgen und rei promittendi vermittelst der Electio des einen von ihnen auf das kräftigste unterstützt. Mit ihr steht unsere Meinung in vollem Einklange, die entgegengesetzte in auffallendem Widerspruche. Oder wie ließe es sich denken, daß die Electio gänzliche Befreiung veranlaßte, die divisio dagegen nicht? Wenden wir das Prinzip, welches dem alten strengen Rechte zum Grunde liegt, da consequent an, wo eine Theilung eintreten soll, so muß nothwendig die Umwandlung in eine obligatio pro parte sich ergeben, da keiner mehr, sobald die Belangung Statt fand, nach jenem Grundsatze haftete, und erst die ausgesprochene Theilung ihn gleichsam neuerdings zum Schuldner, aber nur für den bestimmten, ihm aufgelasteten Theil macht.

Ob sich die Einrede der Theilung nach legislativen Ansichten vertheidigen lasse, ist eine Frage, deren Untersuchung

nicht hierher gehört [1]). Allein, sobald man sie einmal gestattet, zeigt sich unsere Meinung über ihre Wirksamkeit keineswegs als unnatürlich, sondern läßt sich vielmehr aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit wohl rechtfertigen. Muß sich nämlich der Creditor einer Theilung unterwerfen, so erscheint diese, wie es auch deutlich ausgesprochen ist, als ein Vortheil, als ein auxilium für die Bürgen, welches jedoch immerhin nicht so leicht gewonnen wird. In der Untersuchung und Verhandlung über die Solvenz liegt für sie alle nichts Vortheilhaftes, und noch weniger in der Ausschließung der Insolventen, womit die Vertheilung der Haftung auf die übrigen zurückgedrängt wird. Jedenfalls sind die Nichtbelangten schlimmer daran, als sie es vor der epistola waren, und sie würden es nunmehr in noch höherm Grade, sollte auch diese Theilung nur eine vorübergehende Wirkung haben, in so ferne der Creditor nach der divisio von einem die Befriedigung nicht erhalten könnte — in der That ein recht klägliches beneficium! Ueberdieß wird man nicht läugnen, daß sodann, wenn die Liberation nur eine temporäre ist, neue Streitigkeiten nothwendig eintreten müssen. Oder sollten nach der Theilung die übrigen, wenn der Gläubiger sie auf das Ratum eines Andern inzwischen insolvent gewordenen belangt, nicht mit der Einwendung gehört werden, die Insolvenz sey durch Verschulden des Creditors, in Folge seiner Verzögerung nur ihm nachtheilig, ein früher insolventer jetzt wiederum zahlungsfähig geworden? Könnte man ihren Antrag auf eine neue Theilung unter die noch vorhandenen solventen Theilnehmer verwerfen, und würde nicht in vielen Fällen demnach eine Theilung der andern folgen?

1) Neuere Gesetzgebungen verwerfen sie. Pr. Landr. I. 5. §. 434 sq. Code Nap. art. 1203. Oester. Gesetzb. §. 892 sq. §. 1359. Denn etwas ganz anderes ist es, wenn demjenigen, welcher das Ganze bezahlen mußte, der Regreß gegen die übrigen auf theilweisen Ersatz gestattet wird. Der Gläubiger braucht sich auf eine Theilung nicht einzulassen.

Man darf also wohl behaupten, daß die Annahme der Verwandlung der obligatio in solidum in eine obligatio pro parte nicht bloß dem alten Rechtsprincipe entsprechender, sondern sogar natürlich und zweckgemäß, eigentlich im Geiste des auxilii divisionis gelegen sey. Sprechen daher nicht deutliche Gesetze das Gegentheil bestimmt aus, so müssen wir uns zur Auflösung der solidarischen Verbindlichkeit durch das beneficium divisionis bekennen.

§. 10.

Wir können jedoch nicht Eine Stelle für die temporäre Befreiung, welche das beneficium bewirken soll, entdecken, finden aber dagegen mehrere, die geradezu unsere Ansicht bestätigen[1]). Drei davon wurden bereits oben mitgetheilt. Außerdem sind noch folgende anzuführen:

§. 4. Inst. de fidejussor. (III. 20.)

Sed ex epistola D. Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt *litis contestatae tempore*, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus *eo tempore* solvendo non sit: hoc ceteros onerat.

Theophil. ibid.

Si post litis contestationem evenerit, ut unus deficiat, hujus egestas *creditori*, non autem *fidejussoribus* damnum adauget.

Fr. 26. de fidejussor. Gajus lib. 8. ad Edict. provinc.

Inter fidejussores non ipso jure dividitur obligatio, sed ex epistola D. Hadriani: et ideo si quis eorum *ante* exactam a se partem sine herede decesserit, vel *ad inopiam pervenerit*, pars ejus ceterorum onus respicit.

Diese Stellen liefern eine so vollständige und klare Entscheidung, sie beweisen so ganz deutlich, die vor der litis

1) Vergleiche Zimmern a. a. O. pag. 270—273.

contestatio sich ergebende Insolvenz des Einen belaste die Andern, die nachher eintretende aber keineswegs, sondern sey ein Schaden, welcher den Gläubiger treffe: daß jede weitläufigere Erklärung darüber völlig überflüßig seyn würde. Demnach dürfen wir uns denn auch mit allem Rechte auf Gesetze berufen, welche wörtlich das sagen, was wir behaupten: durch die divisio nach der epistola wurde die obligatio selbst getheilt, der Solidaranspruch aufgelöst.

PAULUS recept. sent. I. 20.

Inter fidejussores ex edicto Praetoris[1]), si solvendo sint, *licet singuli in solidum teneantur*, *obligatio dividetur*.

C. 3. i. f. de fidejussor. SEVER. et ANTONIN.

Singuli tamen in *solidum* tenentur, sed ubi *sunt* omnes idonei, *in portionem obligatio dividitur*.

Und was will man nun diesem bestimmten Ausspruche entgegensetzen, um ihn zu entkräften, oder auch nur zu schwächen?

Die Glosse führt zu Fr. 51. §. 4. de fidejussor. die Const. 23. eod. als widersprechend an. Allein diese Stelle redet nicht entfernt von dem beneficium divisionis, sondern von einem ganz andern Verhältnisse, welches bereits oben erörtert wurde[2]). Eher könnte noch die Nov. 99. Anstände erregen, wenn man überhaupt annimmt, daß sie von dem beneficium divisionis handle[3]), und wenn sodann einige Ausdrücke derselben aus ihrem Zusammenhange gerissen, besonders hervorgehoben werden, wie: „sed *interim* pro parte", und das „et actor *nullum* damnum sentiet". Indessen verschwindet auch der leiseste Zweifel, sobald man das Ganze

---

1) S. Seite 406 Note 1.

2) S. Seite 392 Note 3.

3) Bekanntlich wird dieß von mehrern geläugnet. S. z. B. DONELL. Tract. de duob. reis cap. 13. no. 4. in Opp. T. IX. pag. 298. ASVERUS (G.) ad Nov. 99. Jen. 1823. 8. cap. 4.

der Verordnung auffaßt, und darnach die einzelnen Aeußerungen beurtheilt. Die Stelle lautet nach der Hombergkischen Uebersetzung so:

Si quis enim reos promittendi accipiat, neque addat, debere singulos in solidum teneri, omnes ex aequo conveniantur: sin autem id additum sit, pactum quidem servetur, non tamen statim ab initio solidum a singulis exigatur, sed *interim* pro parte, qua quis tenetur: ille vero reliquos etiam conveniat, si *solvendo* et praesentes sint. Et si hoc ita se habere appareat, si quidem divites et praesentes sint, solvere illis necesse sit, cuilibet pro sua parte, quod ipsis tamquam reis promittendi creditum est, ex qua parte, omnino obligati sunt: *nec commune debitum proprium alicujus onus fiat.* Sin vero reliqui, sive omnes, sive aliqui, sive pro parte, sive in solidum, non idonei appareant, vel absentes forte sint, etiam in illud teneantur, quod a reliquis accipi non potuit. Sic enim ei (illis?) quoque pactum servabitur, et actor *nullum damnum sentiet.*

Offenbar bezieht sich das interim ja nicht auf den reus, als sollte dieser nur einsweilen, temporär in Ansehung des übrigen befreit werden, sondern geradezu auf den Kläger, welcher vorerst, wenn die Andern solvent und gegenwärtig sind, also mit andern Worten, wenn ihm die exceptio divisionis wirksam entgegengesetzt werden kann, nicht das Ganze von Einem zu erhalten vermag [1]). Der Satz dagegen Sic enim ei quoque geht sichtbar auf die beiden vorhergehenden Sätze, Et si hoc ita bis fiat, und Sin vero reliqui bis potuit. Da konnte dann sehr wohl gesagt werden, der Gläubiger habe keinen Nachtheil davon, indem er nun gerade an

1) A. M. über diesen Punkt ist Faber Conject. lib. XI. cap. 4., indem er glaubt, wo die Novelle anwendbar sey, ergebe sich die divisio von selbst, ipso jure, während das beneficium ex epistola Div. Hadriani eine exceptio voraussetze.

die idoneos gewiesen ist. Den Fall, welcher eintritt, wenn nach der Theilung ein solcher idoneus in Zahlungsunfähigkeit verfällt, hat demnach die Novelle nicht entfernt berührt, und so darf man auch keineswegs an eine Abänderung des früher geltenden Rechtes durch sie denken.

Endlich ließe sich eine Widerlegung unserer Meinung aus der oben erörterten Veränderung der Rechtsprincipien über die Befreiung der andern Theilnehmer durch Belangung des Einen, aus dem Geiste der Const. 28. de fidejuss. versuchen, und eben diese Einwendung dürfte vielleicht den größten Schein für sich haben, die bedeutsamste seyn. Die Betrachtung ist folgende:

So lange die Electio des Einen Liberation der Andern begründete, war es allerdings consequent, auch das beneficium divisionis in gleicher Weise dahin wirken zu lassen, daß eine Auflösung der solidarischen Verbindlichkeit eintrat, und jeder Theilnehmer in Ansehung dessen, was über das ihn treffende Ratum hinausging, vollkommen befreit wurde. Nunmehr hat sich aber jene Rechtsansicht vollkommen geändert. Justinian spricht in der Const. 28. das neue Princip eben so deutlich als entschieden in den Worten aus: „manere jus integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur." — — sed remanere et ipsi creditori actiones integras, donec per omnia ei satisfiat." Der Creditor muß folglich seine Zahlung erhalten, und nur, wenn diese geschehen, ergiebt sich die Liberation der Theilnehmer. Unverträglich damit wäre es, daß dem Creditor durch die Theilung sein Anspruch völlig verloren gehen sollte, wenn er auch die Befriedigung nicht erhielte, und so muß im Geiste des neuern Rechtes die Befreiung nur als eine temporäre anerkannt werden.

Es läßt sich nun gar nicht in Abrede stellen, daß diese Erklärung aus dem Standpunkte der Legislation betrachtet, der Consequenz und Zweckmäßigkeit vollkommen entspreche,

und der von uns vertheidigten Behauptung entschieden vorzuziehen sey. Ob aber eine solche durchgreifende Reform in der Absicht Justinian's gelegen war, folglich nach dem positiven, geltenden Rechte angenommen werden könne, ist eine andere Frage, welche wir unbedingt verneinen müssen.

1) Schon oben wurde darauf aufmerksam gemacht, daß es in der Natur des beneficii divisionis nach seiner historischen Entwicklung, wie nach seiner zweckmäßigen Anwendung liege, die Wirkung nicht bloß in einer temporären, sondern vielmehr in einer gänzlichen Liberation zu suchen. Man müßte folglich

2) eine Aufhebung des *beneficii divisionis* selbst durch das neue Gesetz annehmen, welche gewiß Niemand behaupten möchte.

3) Jener Schritt der Fortbildung, den Justinian in der Const. 28. gethan hat, indem er die Wirkung der bloßen Electio aufhob, ist noch gar weit von dem andern entfernt, welchem zu Folge auch die Theilung der Mitschuldner gegen die Nachforderung nicht sicher stellen soll. Der Nachtheil, den der Creditor im ersten Falle zu befürchten hatte, ist offenbar größer, und öfter vorhanden, als ein Verlust, welcher ihn im zweiten Falle bedroht. Gewiß nur höchst selten möchte es sich ereignen, daß nach einer sorgfältigen Untersuchung über die Solvenz, wenn die Theilung erfolgt, dem Gläubiger volle Befriedigung entzogen wird, und man kann diese Anordnung gar nicht mit der Strenge des alten Rechtes vergleichen, nach welcher schon durch die bloße Election des Einen die Verbindlichkeit der Andern erlosch. Da endlich

4) die oben angeführten Stellen über die Wirkung des beneficii divisionis völlig unverändert in die justinianeische Compilation aufgenommen wurden, und dieselben klar und deutlich jenen Ausspruch enthalten, den wir als Rechtssatz annehmen, so würde es den unbestrittensten Regeln der Aus-

Testamente von der Erbfolge und der Legitima ausschließen dürften [1]). Daß dieses auf einem handgreiflichen Irrthume beruht, wird jetzt wohl ziemlich allgemein anerkannt.

Statt dessen hat man jetzt darin einen s. g. Indignitätsfall zu finden geglaubt. Es könne nämlich den Geschwistern des Erblassers, wenn sie ihm nach dem Leben gestrebt, oder gegen ihn eine Criminalanklage erhoben, oder ihn um sein Vermögen zu bringen gesucht haben, deshalb, als indignis, die Erbschaft entzogen werden [2]). Allein über die genauere Bestimmung dieses Indignitätsfalles spricht man sich verschiedenartig aus. Während nämlich Einige diese Indignität ohne Unterschied bei allen, den Geschwistern, sowohl ex Testamento, als ab Intestato deferirten Erbschaften eintreten zu lassen scheinen [3]), so beschränken sie Andere auf den Fall, wo Geschwister einander ab Intestato beerben [4]). Eben so weichen

---

1) Franzkius Comm. ad Pand. lib. V. tit. 2. nr. 76. Lauterbach Coll. Pand. eod. tit. §. 15. Voet Comm. ad Pand. eod. tit. §. 24. Westenberg Princ. eod. tit. §. 39. Bauer diss. de eo, quod justum est circa formam exheredationis. §. 18. Malblanc Princ. jur. rom. P. II. Sect. ult. §. 700.

2) Cocceji Jur. civ. controv. Lib. V. tit. 2. §. 9. Madihn Princ. jur. rom. de success. §. 140. Hofacker Diss. sist. histor. jur. civ. de exhered. et praeterit. §. 31. Idem Princ. jur. civ. Tom. II. §. 1694. Höpfner Instit. Comment. §. 477. und jetzt alle neuern Lehrbücher des römischen Rechtes. Nur ist dabei zu bemerken, daß erst in der neueren Zeit die Bezeichnung Indignität für diesen Verlust gebraucht worden ist.

3) So z. B. unter den Neueren Schweppe das röm. Priv. Rcht. §. 980. v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civ. R. B. V. §. 279. Seuffert Lehrb. des prakt. Pand. R. III. §. 597. Muehlenbruch Doctr. Pand. III. §. 590. Zimmern Grundriß des Erbrechts. S. 88. Roßhirt Einleit. in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechts. S. 57.

4) Cocceji c. l. Hofacker c. l. Höpfner a. a. O. Thibaut Pand. Syst. §. 839. Glück Ausf. Erl. der Pand. B. V. S. 206 u. 207.

die Rechtslehrer von einander ab, über die Frage, zu wessen Gunsten die Indignität eintrete und wem also deßhalb das Exeptionsrecht zustehe, ob blos den anderen Geschwistern, oder auch der Mutter, oder den übrigen Personen, welche zugleich mit den Geschwistern ab Intestato berufen werden [1]).

§. 2.

Allein eine genaue Interpretation des sieben und vierzigsten Capitels, namentlich im Zusammenhange mit manchen anderen Bestimmungen des Kaisers in den unmittelbar vorhergehenden Capiteln derselben Novelle, führt zu dem Resultate, daß die ganze jetzt herrschende Ansicht von dieser Indignität, weßhalb den Geschwistern aus den drei speziellen Gründen die Erbschaft entrissen werden könne, zum Theil eben so unhaltbar ist, als die frühere Ansicht, die durch jene verdrängt worden ist.

Der einfache Sinn der bestrittenen Stelle ist vielmehr der. Wenn eine Frau, welche schon zur zweiten Ehe geschritten ist, oder wenigstens späterhin noch dazu schreitet, zugleich mit dessen Geschwistern, ein Kind erster Ehe ab Intestato beerbt, so erhält sie von ihrer Erbportion, soweit das Vermögen vom Vater auf das Kind gekommen ist, nur den Niesbrauch, während die Proprietät den miterbenden Kindern zufällt. Doch sollen, nach der Mutter Tode, an diesem Lucrum aus der zweiten Ehe die miterbenden Geschwister des Erblassers nur dann Theil nehmen, wenn sie nicht, als ingrati, späterhin von der Mutter aus gerechten Gründen enterbt worden sind. Einen gerechten Grund der Enterbung der Kinder, in Beziehung auf ihren Antheil an jenem Lucrum, giebt aber für die Mutter, außer den gewöhnlichen, weshalb die Kinder regelmäßig von ihr ausgeschlossen wer-

1) Davon das Genauere weiter unten.

den können, auch der Umstand ab, wenn die Kinder gegen ihren verstorbenen Bruder, von dem das in Frage stehende Lucrum zunächst herrührt, ingrati gewesen sind. Die Ingratitudo [1]) der letztern Art beschränkt nun Justinian auf die drei speziellen Gründe und fügt hinzu, daß der dadurch verwirkte Antheil des Ingratus am Lucrum, der Mutter und den übrigen Geschwistern, die nicht ingrati waren, zufallen soll.

Es ist also erstens von dieser ganzen Ingratitudo überhaupt nur dann die Rede, wenn Geschwister einander ab Intestato, zugleich mit ihrer Mutter, beerben.

Es setzt zweitens der Fall, den das Gesetz entscheidet, wesentlich voraus, daß die mit succedirende Mutter entweder schon damals zur zweiten Ehe geschritten war, oder wenigstens späterhin es gethan hat; womit zusammenhängt, daß das ab Intestato beerbte Kind aus der ersten Ehe gewesen seyn muß. Denn es ist hier von einer s. g. *poena secundarum nuptiarum* die Rede.

Es ist drittens dasjenige, was die ingrati fratres, in Gefolge ihrer Ingratitudo, verlieren sollen, nicht ihre ganze vom verstorbenen Bruder ihnen deferirte Intestaterbportion, sondern lediglich ihr Antheil an dem ihnen gesetzlich angewiesenen *lucrum ex secundis nuptiis*. Dieses besteht nämlich in der Proprietät an der Erbportion

---

1) Das Wort Ingratitudo ist freilich unrömisch und schlecht lateinisch, aber kann uns dennoch hier wohl gestattet werden, nicht blos wegen seiner Kürze und des Bezeichnenden, was darin liegt, sondern auch vorzüglich, weil es gerade in diesem hier zum Grunde gelegten Sinne für Justinian und die damals herrschende Rechtssprache eine Art von Kunstausdruck gewesen zu seyn scheint. So in der Nov. 22. cap. 26. §. 1. cap. 35. cap. 46. §. 2. cap. 48. Ferner oft in der Nov. 115. Auch Julian in der Epitome bedient sich unbedenklich des Ausdruckes ingratitudo gerade für unseren Fall. Const. XXXVI. 161.

der Mutter, so weit das Vermögen des verstorbenen Sohnes von seinem Vater, als dem ersten Manne der Mutter, herrührt.

Es scheint aber auch viertens, daß die *ingrati fratres* diesen ihren Antheil an jenem Lucrum nicht ohne weiteres, gleich bei der Intestatsuccession ihres Bruders, in Gefolge einer sie treffenden Indignität, verlieren sollen, sondern nur bei dem Tode der Mutter, wenn sie von dieser aus gerechten Gründen enterbt worden sind. Einen gerechten Grund giebt aber hier nicht blos ihr schlechtes Betragen gegen die Mutter, sondern auch ihre Ingratitudo gegen den früher verstorbenen Bruder selbst ab.

§. 3.

Der Beweis dieser hier vorläufig entwickelten Ansicht liegt in dem ganzen inneren Zusammenhange und den klaren Worten des sechs- und sieben und vierzigsten Capitels selbst.

Um aber den Inhalt dieser beiden Capitel richtig zu verstehen, und um namentlich zu würdigen, welche Bewandniß es in jenen Capiteln mit der Ingratitudo habe, erscheint es durchaus nothwendig, kurz und summarisch den Inhalt einiger vorausgehender Capitel derselben Novelle, so weit es der Zweck unserer nachherigen Ausführung nöthig macht, anzudeuten.

1) Im zwanzigsten und ein und zwanzigsten Capitel wird verordnet, daß der Parens, welcher die Dos oder propter Nuptias Donatio lucrirt hat, an diesem Lucrum, wenn er nicht wieder heirathet, nicht blos den Usufructus, sondern auch die volle Proprietät haben soll. Er kann daher darüber, sowohl inter Vivos, als Mortis Causa, ganz frei verfügen. Hat er aber auf keine dieser Arten speziell darüber verfügt, so soll dieses Vermögen, *honore praecipuo*, an die Kinder aus dieser Ehe fallen, in Gefolge eines besonderen gesetzlichen Anspruches darauf, sie mögen nun diesen ihren

Parens sonst beerben, oder nicht, z. B. wenn sie die Erbschaft ausschlagen. Auch fällt es, selbst wenn die Kinder den Parens beerben, an sie nicht pro parte hereditaria, sondern ganz gleichmäßig. Der Parens kann es ihnen nicht beliebig entziehen, wenn sie es nicht selbst verschulden. Denn diejenigen unter ihnen, welche gegen den Parens *ingrati* gewesen, bleiben von diesem *praemium* ausgeschlossen und ihr Antheil adcrescirt dann den übrigen Kindern.

„Unde, si *praemium* est ex lege descendens in eos, nulla adjectione neque turbetur, neque minuatur, nisi forte causam ipsi dent filii suae deminutionis."

„Si quis enim ex iis ingratus videtur, *praemium* hoc aliis damus nihil tale agentibus, ut et alios corripiamus parentes honorare, et ad fratrum exemplum respicere. Unde, si tantum infortunium filiorum sit sobolis, ut omnes ingrati sint, ad heredes venient haec defuncti, tanquam illius substantiae constituta; non valentibus filiis ex parente a se exhonorato praemium habere; quod nos eis propter hanc causam non damus".

Allerdings hat dieses durch die späteren Novellen 98. und 127. bedeutende Abänderungen erlitten. Allein theils gehören diese nicht weiter hierher, indem wir, zu unserem Zwecke, es zunächst nur mit den Bestimmungen der Novelle 22. selbst zu thun haben, theils ist auch davon schon anderswo [1]) genauer gehandelt worden.

2) Der Parens, welcher zur zweiten Ehe schreitet, verliert eo ipso sogleich die Proprietät an allem, was unter den Begriff der Lucra nuptialia, im weiteren Sinne des Wortes [2]) fällt. Er behält nur den lebenslänglichen Niesbrauch

1) S. diese Zeitschrift B. III. H. 1. nr. 5.

2) S. diese Zeitschrift a. a. O. S. 93 u. f.

daran, während die Lucra selbst, bei seinem Tode, unter die Kinder erster Ehe, nach Ordnung und Verhältniß der Intestaterbfolge, vertheilt werden; einerlei, sie mögen nun im Uebrigen den Parens beerben, oder nicht. Nur diejenigen unter ihnen, gegen welche eine Ingratitudo erwiesen vorliegt, bleiben von der Theilnahme an jenen Lucris ganz ausgeschlossen.

„Ubique tamen ingratitudine, (sicut praediximus) impedimenta ad tale lucrum faciente hujusmodi filio. *Contra ingratos enim positas non transcendimus leges*, taliter et parentes honorantes et filios ad pietatem deducentes. Sicut enim electionem prohibemus et denuo omnibus similiter damus talia praemia: sic ea, quae de ingratitudine sunt, non interimimus. *Palam vero est, quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa ambos parentes, aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstratur.*"

So verordnet Justinian im sechs und zwanzigsten Capitel unserer Novelle.

3) Daran knüpft er unmittelbar folgendes an, im sieben und zwanzigsten Capitel. Derjenige Parens, welcher zur zweiten Ehe geschritten ist, darf seinem zweiten Ehegatten auf keinerlei Weise, weder inter Vivos, noch Mortis causa, mehr zuwenden, als das am geringsten bedachte Kind erster Ehe erhält. Der Ueberschuß wird unter sämmtliche Kinder erster Ehe gleichmäßig vertheilt, jedoch mit Ausschließung der ingrati unter ihnen.

„Hoc autem, quod plus est, divident ad invicem grati filii parentibus, *non ingrati circa hoc approbati, per ingratitudinem hujusmodi obnoxii constituti, qualem leges quaerunt.* Tales namque etiam hac utilitate privamus, ne forte propter spem huius possessionis contra parentes accedant et protervi sint, et naturae injurientur leges."

4) Nunmehr folgen in der Novelle 22. hintereinander noch manche andere Nachtheile der zweiten Ehe, fast alle irgend einen pecuniären Vortheil und Gewinn der Kinder erster Ehe bezweckend. Endlich im sechs und vierzigsten Capitel geht Justinian zu der Frage über, in wie fern eine Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, ihre Kinder erster Ehe zu beerben fähig sey. Er unterscheidet die beiden Fälle, je nachdem das Kind erster Ehe mit, oder ohne Hinterlassung eines Testamentes verstorben ist. Im ersteren Falle soll die zur Erbin eingesetzte Mutter den ihr zugewendeten Theil des Nachlasses mit vollem Eigenthumsrechte erhalten, nicht etwa blos zum Niesbrauche. Dabei soll es denn auch auf die Art, wie und woher das testirende Kind die zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke erworben hat, weiter gar nicht ankommen. Nun fährt aber Justinian so fort:

Cap. 47.

[1]) §. 2. Si autem intestatus filius moriatur, jam ad secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem et ipsa cum filii, aut filiae fratribus, secundum nostram constitutionem, ab intestato ad ejus successionem. Sed quanta quidem, quae ex paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solummodo habeat usum, ad secundas omnino sive prius, sive postea veniens nuptias. In residuis vero omnibus rebus,

1) Ich gebe hier die Worte nach der versio vulgata. Da aber diese oft schlecht und undeutlich ist, so setze ich die Hombergksche Uebersetzung darunter, und werde weiter unten da, wo es nöthig ist, auf den griechischen Text selbst zurückgehen.

Cap. 47. §. 2. Sin vero filius intestatus moriatur, et mater secundas nuptias jam contraxerit, aut postea contrahat, ipsa quidem cum filii vel filiae fratribus in capita (sc. secundum constitutionem nostram) ab intestato ad illius successionem vocetur. Quaecumque autem ex paterna substantia ad filium pervenerunt, eorum solum usumfructum habeat, sive ante, sive postea secundas nuptias contraxerit. Ad reliqua vero omnia bona, quae filius praeter paternam successionem ex-

quae aliunde erant filio praeter paternam successionem, veniat secundum vocationem nostram, quam statim dicemus: quadam correctione et ea indigente. Et haec dicimus in rebus, quae extra nuptialem donationem sunt. Quae enim in illis sancita sunt a nobis et a Leonis divae memoriae constitutione, integra conservamus, in quibus solum mater habeat usumfructum.

§. 3. Sed in aliis rebus haec sancimus et deinceps ipsi tradimus, quaecunque post nuptialem donationem sunt a patre venientia filio, aut ex aliis causis, tam ex testamento, quam ab intestato successionibus; ratione contra ingratos filios undique et super istis rebus servata, quando manifestae causae ingratitudinis demonstrantur: aliorum omnium, quae de successionibus dicta sunt parentum in filiis, aut filiorum in parentibus, intactis manentibus.

§. 4. Ingratitudinem autem hic consideramus non solum ad matrem, secundum pridem a nobis dictum, sed etiam adversus eundem ipsum fratrem defunctum.

---

trinsecus habebat, veniat secundum constitutionem nostram, quam ipsam quoque aliqua correctione indigere statim dicemus. Atque haec de iis rebus dicimus, quae sunt extra donationem ante nuptias. Nam quae a nobis et insuper Leonis piae memoriae constitutione de illis sancita sunt, in quibus sola mater usumfructum habet, illibata servamus.

§. 3. Haec autem in reliquis bonis sancimus et futuro tempori tradimus, quae post donationem propter nuptias a patre ad filium, vel ex aliis causis, et tam ex testamento, quam successionibus ab intestato, pervenerunt: ingratitudinis ratione ubivis in liberis etiam in his bonis habenda, quando verae causae ingratitudinis probantur; reliquisque omnibus, quae de successione parentum, quando liberis, aut liberorum, quando parentibus succedunt, dicta sunt, illibatis servandis.

§. 4. Ingratitudinem vero hoc loco non solum erga matrem, uti ante a nobis dictum est, sed etiam erga ipsum fratrem defunctum consideramus.

Cap. 47.

Et quoniam scimus, multas fratribus adinvicem factas contentiones: illum solum tanquam ingratum circa fratrem effectum, participari hoc lucrum non concedimus, qui mortem voluit fratri, aut criminalem contra eum inscriptionem, aut substantiae ei properavit inferre jacturam; ejus enim portio tam ad reliquos fratres, quam ad matrem veniat. Et haec lex supra filiorum successionibus, quibus cum matre succedunt filii, maneat, illam, quae a nobis facta est, subdivisionem introducens iis, quae futuro tempore matrimonio secundo sunt sociandae viris.

Es hängt dieses zusammen mit einer früheren Verordnung Justinian's über denselben Gegenstand in der Novelle 2. Cap. 3., wonach die Mutter nicht blos ab Intestato, zugleich mit dessen Geschwistern, ihr verstorbenes Kind beerbte, sondern wonach auch auf dieses ihr Intestaterbfolgerecht der Umstand, ob sie zur zweiten Ehe schreitet, oder nicht, gar keinen Einfluß haben soll. Das ändert jetzt Justinian in der Novelle 22. dahin ab: Die Mutter soll zwar noch immer, trotz ihrem Uebergange zur zweiten Ehe, zugleich mit ihren übrigen Kindern, ein Kind erster Ehe ab Intestato beerben. Sie soll namentlich eine Virilportion vom ganzen Nachlasse erhalten, das Vermögen mag nun hergekommen seyn, woher es wolle. Doch wird ihr dann an demjenigen

---

Cap. 47.

Quoniam autem fratribus multas invicem contentiones esse scimus, cum solum ut ingratum erga fratrem in partem hujus lucri venire non permittimus, qui vel vitae fratris insidiatus est, vel criminis reum postulavit, vel ut bonis cum privaret operam dedit. Illius enim pars ad reliquos fratres et matrem perveniat. Atque haec lex de liberorum successionibus, quando matres succedunt liberis, lata sit, factam a nobis subdivisionem in illis, quae futoro tempore secundas nuptias contracturae sunt, introducens.

Theile ihrer Erbportion, welcher von ihrem ersten Manne, dem Vater des Erblassers, herrührt, nicht das volle Eigenthum, sondern nur ein lebenslänglicher Niesbrauch zugestanden, den miterbenden Kindern dagegen die Proprietät daran zugewiesen. Das soll gelten in Rücksicht aller dem zu beerbenden Kinde gehörenden Vermögensstücke, so weit sie vom Vater herrühren; jedoch mit Ausnahme der propter Nuptias Donatio, in Rücksicht deren es bei der älteren, durch Justinian in den vorhergehenden Capiteln bestätigten und modificirten Verordnung von Leo verbleiben soll. In Beziehung auf jene übrige Erbportion der Mutter, so weit sie aus dem väterlichen Vermögen des verstorbenen Kindes herrührt, wird nur bemerkt, daß auch bei diesen Sachen auf die Ingratitudo der Kinder Rücksicht genommen werden solle; jedoch in einer doppelten Richtung. Denn es komme dabei in Betrachtung theils eine Ingratitudo der Kinder gegen die Mutter selbst, aus den gewöhnlichen Gründen, wovon schon oben mehrfach die Rede gewesen, theils eine Ingratitudo der Kinder gegen den verstorbenen Bruder selbst. Wegen Ingratitudo gegen den Letztern könne jedoch ein Kind nur dann ausgeschlossen werden von jenem Lucrum, wenn es gewisse, hier bestimmt angegebene Dinge gegen den Verstorbenen sich erlaubt habe.

§. 4.

Gehn wir nun ein Mal in das Einzelne und Genauere der Interpretation ein, so kann es

I. durchaus keinem Zweifel unterliegen, daß Alles, was hier über die Ausschließung der Geschwister wegen ihres schlechten Betragens gegen den verstorbenen Bruder gesagt wird, sich lediglich auf den Fall beschränkt und bezieht, wo die Geschwister zugleich mit ihrer Mutter ihrem verstorbenen Bruder ab Intestato succedirt haben.

Denn, wenn dieses auch nicht so klar aus dem ganzen

Zusammenhange und allem unmittelbar Vorausgehenden hervorleuchtete, so würde doch schon vollkommen dasjenige, was unmittelbar der Aufzählung der drei *causae ingratitudinis adversus fratrem defunctum* nachfolgt, entscheiden. Justinian bestimmt nämlich darin, was aus dem, den ingratis entzogenen lucrum werden und wer es erhalten solle, in der Art: ejus enim portio tam ad reliquos fratres, *quam ad matrem* veniat. Also muß die Mutter nothwendig concurrirt haben, bei der Intestatsuccession. Sollte aber noch irgend ein Zweifel übrig bleiben, daß Justinian's Gesetz lediglich und allein von diesem Falle, wo die Mutter mit ihren Kindern bei der Intestatbeerbung eines Kindes concurrirt, redet, so wird er gehoben durch das, was sich an die eben angeführten Worte anschließt: et *haec lex* supra filiorum successionibus, *quibus cum matre succedunt* filii, maneat, caet.

Da nun dieses neue Gesetz des Kaisers theils offenbar etwas sehr singuläres enthält, theils, im Verhältnisse zum früheren Rechte, correctorischer Natur ist, so würde jede weitere Ausdehnung seines Inhaltes auf den Fall, wo Geschwister, ohne Concurrenz der Mutter, einander ab Intestato succediren, sowohl den klaren Worten des Gesetzgebers, als den anerkanntesten Interpretationsregeln widersprechen. Dazu kommt, wie sich weiter unten zeigen wird, daß auch die zum Grunde liegende ratio legis nur auf diesen beschränkteren Fall paßt und sogar die ganze gesetzliche Bestimmung Justinian's sonst ganz unerklärlich erscheinen würde, während sie, in der gehörigen Beschränkung, durchaus consequent und der vorausgegangenen Analogie angemessen erscheint.

II. Daß nur von dem Falle, wo die mit ihren Kindern concurrirende Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist, die Rede sei, kann eben so wenig bezweifelt werden. Denn auch das beweist der ganze innere Zusammenhang.

In den vielen vorhergehenden Capiteln der Novelle wird immer von dem Falle der zweiten Ehe und den darauf angedrohten Nachtheilen, den s. g. poenis secundarum nuptiarum gehandelt. Es beantwortet ferner, seinem ganzen Inhalte nach, das sechs und vierzigste Capitel unserer Novelle, so wie das dritte Capitel der Novelle 2., worauf sich Justinian ausdrücklich bezieht, lediglich die Frage, in wie weit eine Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, ihren Kindern erster Ehe succediren könne. Es schließt sich daran unmittelbar das sieben und vierzigste Capitel und daß dieses nur eine Fortsetzung desselben Thema ist, sagt Justinian mit dürren Worten, gleich nach Aufzählung der drei hier in Frage stehenden causae ingratitudinis:

„Et haec lex supra filiorum successionibus, quibus cum matre succedunt filii, maneat, illam, quae a nobis facta est, subdivisionem introducens, *iis, quae futuro tempore matrimonio secundo sunt sociandae viris.* Quae enim jam ad secundum matrimonium pervenerunt, et beneficio memoratae nostrae legis potitae sunt, his liceat successionem, sive per testamentum, sive ab intestato habere firme, et secundum dominium et secundum usumfructum, caet.

Was nun so von Justinian ausdrücklich blos für den Fall der zweiten Ehe bestimmt worden ist, darf durchaus nicht auf andere Fälle weiter ausgedehnt werden. Vielmehr tritt Alles, was oben zu I. gegen eine solche ausdehnende Erklärung gesagt worden ist, hier in noch vollerem Maaße ein.

§. 5.

Wir haben ferner

III. zu beweisen, daß dasjenige, wovon die Geschwister, wegen Ingratitudo gegen ihren verstorbenen Bruder, ausgeschlossen bleiben, woran sie nicht participiren sollen, durchaus nicht in ihrer eigenen ganzen, vom Bruder herrührenden

Intestatportion besteht, sondern lediglich in ihrem Antheile an der Proprietät derjenigen, zur mütterlichen Erbportion gehörender Sachen und Stücke, welche aus des Vaters Vermögen an den Erblasser gekommen sind und woran eben deßhalb die miterbende Mutter blos den Usufructus haben soll.

Dafür sprechen erstens deutlich die Worte: illum solum, tanquam ingratum circa fratrem effectum *participari hoc lucrum* non concedimus. Denn es ist ganz unmöglich, daß unter *hoc lucrum* hier die ganze Intestaterbportion der Geschwister, oder ihr Anspruch darauf gemeint sey. Unläugbar soll nämlich durch jenen Ausdruck irgend ein besonderer Vortheil bezeichnet werden, auf welchen, nach Vorschrift dieses Gesetzes, die Geschwister, falls sie nicht ingrati gewesen, Anspruch haben. Allein den Anspruch, *unter den oben angegebenen Voraussetzungen*, zugleich mit ihrer Mutter ab Intestato ihren verstorbenen Bruder zu beerben, verdanken sie nicht erst dieser Novelle, sondern sie hatten denselben schon längst, und Justinian erklärt das ja selbst in der Einleitung zum sechs und vierzigsten Capitel:

> „Hinc nos alia evocat ratio, quae de filiorum successione est, quam accipient, quae ad secundas veniunt nuptias. Jam pridem enim de his scripta est lex a nobis ad Hermogenem gloriosae memoriae, magistrum sacrorum nostrorum factum officiorum rescripta, Belisarii gloriosi praecedens consulatum, septimo decimo Kalendas Aprilis, *per quam sancivimus, matres ad filii non relinquentis liberos cum ejus, qui mortuus est, fratribus, sine cautione vocari successionem*, et ejus cum usu etiam proprietatem habere firmam, caet.

Es besteht vielmehr das hier erwähnte *lucrum* nur in dem besonderen Gewinn, der den zur Erbschaft ab Intestato concurrirenden Geschwistern, an dem Theile der Erbportion ihrer mit succedirenden Mutter zuwächst, woran letztere blos den Niesbrauch erwirbt. Das allein ist es, was die Ge-

schwister des Verstorbenen durch das neue Gesetz gewonnen haben.

Vollends kann über die Bedeutung des Wortes *lucrum* in unserer Stelle kein Zweifel obwalten, sobald wir damit die Art und Weise vergleichen, wie in den früheren, oben kurz angedeuteten Capiteln derselben Novelle die Ausdrücke *lucrum*, *lucrari*, und das als gleichbedeutend gebrauchte *praemium* vorkommen. Immer wird durch sie nicht blos der besondere Gewinn und Vortheil bezeichnet, den, als poena secundarum nuptiarum, die Kinder erster Ehe erhalten sollen, sondern auch insbesondere die Proprietät an denjenigen vom ersten Ehegatten des wieder heirathenden Parens herrührenden Vermögensstücken, an welchen der Parens, zum Vortheile der Kinder erster Ehe, blos den Ususfruct erhalten, oder behalten soll[1]). Auch ist ja *lucrum* oder *nuptiale lucrum* der bekannte, im neuesten römischen Rechte so häufig vorkommende Kunstausdruck zur Bezeichnung desjenigen, was die Kinder erster Ehe durch die zweite Heirath ihres Parens gewinnen[2]). Ja! in demselben sieben und vierzigsten Capitel, wo die hier zu erklärenden Worte: „participari hoc lucrum non concedimus" stehen, wird etwas weiter unten das Wort *lucrari* noch ein Mal ganz in demselben Sinne von der antenuptialis donatio, wenn diese einen Theil des Nachlasses vom verstorbenen Sohne bildet, gebraucht. Darüber spricht sich nämlich im §. 1. des Cap. 47. Justinian so aus:

„Illud autem firmum ex primo matrimonio filiis maneat, quod super his per praedictam a nobis constitutum

1) So im Cap. 20. a. E. Cap. 21. pr. und §. 1. Cap. 25. Cap. 26. §. 1. Cap. 27. Cap. 30. Cap. 33. Cap. 48. pr.

2) Es ist dieses etwas so bekanntes, daß es fast unnöthig erscheint, es mit Stellen aus kaiserlichen Constitutionen zu belegen. Fast alle Titel des Codextitel de secundis nuptiis, ferner Nov. 2. 22. 89. 127. liefern hinreichenden Beweis.

est sanctionem. Quod si antenuptialem donationem, quam mater moriente marito *lucrabatur*, contigerit ad morientem filium pervenire et propterea partem ei illius fieri hereditatis, mater[1]), neque secundum quod succedit filio, dominium eorum scilicet antenuptialis donationis rerum perfrui, solum autem habere horum, quamdiu superest, usum et usumfructum."

Eben so charakteristisch ist ferner auch der gebrauchte Ausdruck: *participari* non concedimus, welcher zur Bezeichnung eines Ausschließens von einem Intestaterbrechte gar nicht paßt, wohl aber zur Bezeichnung des Ausschlusses von der Theilnahme an einem besonderen Vermögen, was aber, nach gesetzlicher Vorschrift, unter die Kinder vertheilt werden soll. Er correspondirt den Ausdrücken: ab hujusmodi lucro *repelli* — hujusmodi beneficio *defraudari* — *privari* — wie sie theils in der Novelle 22., theils in anderen damit zusammenhängenden Gesetzen, zur Bezeichnung des Ausschlusses gerade von jenen lucris ex secundis nuptiis vorkommen. Ja! derselbe Ausdruck *participari* in dem nämlichen Sinne der Theilnahme an den lucris nuptialibus findet sich im sieben und zwanzigsten Capitel unserer Novelle:

„namque ex secundis nuptiis filios participari etiam horum, scriptum quidem in quadam constitutione est, non tamen etiam nunc nobis placet; sed ex priori matrimonio filiis, propter quos et observatum est, detur solis."

Es liegt zweitens der Beweis für die hier aufgestellte beschränkende Erklärung des Ausdruckes: *hoc lucrum* in dem unmittelbaren Zusammenhange des im sechs und vierzigsten Capitel Vorhergehenden mit den hier zu interpretirenden Worten und in der Art, wie beide Capitel mit einander verknüpft werden. Denn im §. 3. des sechs und vierzigsten Capitels,

1) Die gewöhnliche Lesart: matrem ist ganz sinnlos.

welcher dessen Schluß und den Uebergang zu dem folgenden Capitel bildet, heißt es:

„Ingratitudinem autem *hic* consideramus non solum ad matrem, secundum pridem a nobis dictum est, sed etiam adversus eundem ipsum fratrem defunctum.“

Es fragt sich also, worauf sich das Wort *hic* beziehe. Offenbar bezieht es sich auf die unmittelbar vorhergehenden Worte:

„ratione contra ingratos filios undique *et super istis rebus* servata caet.

und diese *istae res* erklärt Justinian wieder unmittelbar vorher, eben für die aus dem väterlichen Vermögen herrührenden und im Nachlasse des verstorbenen Sohnes befindlichen Sachen.

„Sed in aliis rebus haec sancimus et deinceps ipsi tradimus, *quaecunque post antenuptialem donationem sunt a patre venientia filio, aut ex aliis causis, tam ex testamento, quam ab intestato successionibus.*“

Der Sinn dieser Worte ist nämlich nicht der: diese neue Verordnung solle gelten, mit einziger Ausnahme von den Sachen, welche der Verstorbene entweder von seinem Vater, oder anders woher erworben; sondern vielmehr der: die neue Verordnung solle gelten in Rücksicht aller zum Nachlasse des Kindes gehöriger Sachen, welche vom Vater herrühren, mit Ausnahme der antenuptialis Donatio, oder (als erklärender Zusatz) in Rücksicht aller Sachen, die *ex aliis causis* vom Vater durch Succession herrühren, sowohl durch testamentarische als durch Intestatsuccession. Daß das der wahre Sinn ist, sieht man deutlich daraus, weil die Worte: haec sancimus sich natürlich nur auf das Neue in dieser Verordnung beziehen und dieses Neue lediglich die *paterna bona* betrifft. Das geht ferner daraus hervor, weil ja sonst, wenn *aut ex aliis causis* den Gegensatz der *a patre venientia* und nicht vielmehr den Gegensatz der *antenuptia-*

lis donatio bilden sollte, die ganze Fassung des Gesetzes anders seyn müßte, nämlich so: in aliis rebus, quae *aut* a patre sunt venientia, post (extra) antenuptialem donationem, aut ex aliis causis caet.' Das beweist außerdem auch noch der Zusatz zu: *ex aliis causis*, nämlich: *tam ex testamento, quam ab intestato successionibus*, welcher vollkommen der wenige Zeilen früher vorausgegangenen Wortfassung:

> „In residuis vero omnibus rebus, quae aliunde erant filio, praeter *paternam successionem*, veniat secundum vocationem nostram caet."

entspricht. Wenn endlich trotz dem die lateinischen Worte, auf welche es hier ankommt, einigermaßen doppelsinnig und zweifelhaft erscheinen könnten, so liegt der Grund davon mehr in der Vulgata und ihrer schlechten lateinischen Uebersetzung des griechischen Textes, welcher hier sicher der Originaltext ist. Denn das griechische Wort: ἤ bezeichnet sehr oft in dergleichen Zusammenstellungen so viel, als das erklärende: das heißt — also. Daher hätte so übersetzt werden müssen: in aliis rebus — quaecumque extra nuptialem donationem ad filium a patre venerunt, i. e. ex aliis causis, per successionem.

Ganz auf gleiche Weise haben übrigens schon die Lehrer und Bearbeiter des postjustinianischen Rechtes den Sinn unserer Novelle aufgefaßt. Das beweist namentlich die Art, wie der Scholiast Theodorus zu den Basiliken[1]) den Sinn kurz zusammenfaßt:

> „Ἔχει οὖν ἡ δευτερογαμοῦσα γυνὴ, ὡς εἴρηται, τὴν χρῆσιν τῶν ἕδνων· εἰς δὲ τὰ λοιπὰ πράγματα τοῦ πρώτου αὐτῆς ἀνδρὸς καλεῖται μετὰ των ἀδελφῶν αὐτοῦ, δηλονότι

1) Tom. IV. pag. 495. Auch die Glosse scheint den richtigen Zusammenhang zu ahnden. Denn zu den Worten: contra ingratos filios wird bemerkt: id est ratio, qua alias repelluntur ingrati filii ab hujusmodi lucris.

ἐν κάπιτα, φυλαττομένων καὶ ἐνταῦθα τῶν περὶ ἀχαριστίας νόμων.“

„Habet ergo, ut dictum est, mulier, quae iterum nupsit, usumfructum donationis propter nuptias: *ad reliqua autem bona prioris mariti* vocatur cum fratribus ejus, scilicet in capita, hic quoque legibus de ingratitudine servandis.“

Ein **dritter** entscheidender Beweis für die hier gegebene beschränkende Erklärung des Ausdruckes: *hoc lucrum* liegt darin, weil die andere Erklärung geradezu zu einer unbegreiflichen, allen sonstigen Prinzipien widersprechenden Anomalie, ja fast zu einer Absurdität führen würde.

Es ist nämlich zwar im neueren römischen Rechte eine sehr gewöhnliche, aus einem allgemeinen Prinzipe hervorgehende Erscheinung, daß der Parens, besonders die Mutter, in Gefolge der zweiten Ehe, mancherlei Vermögensnachtheile, im Verhältnisse zu den vorhandenen Kindern erster Ehe, leidet. Aber davon, daß umgekehrt der Mutter, wenn sie zur zweiten Ehe geschritten ist, ein besonderer ungewöhnlicher **Vermögensvortheil**, ein **Gewinn** werden soll, den sie, abgesehen von der zweiten Ehe, unter sonst gleichen Voraussetzungen, nicht haben würde, davon findet sich im römischen Rechte durchaus keine Spur.

Ein solcher Fall würde aber in der That eintreten, wenn man das hier in Frage stehende *lucrum* auf die ganze Erbportion des ingratus frater beziehen wollte. Denn dasjenige, was dem ingratus frater entzogen werden soll, wird ja, nach Vorschrift der Novelle, unter die übrigen Geschwister **und die Mutter** vertheilt, wächst denen zu. Es ist nun aber schon oben, wie ich glaube, mit überwiegenden Gründen dargethan worden, daß die ganze Vorschrift **Justinian's** in dem sechs- und sieben und vierzigsten Capitel lediglich den Fall vor Augen hat, wo eine Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist. Es leidet ferner keinen Zweifel, daß, abgese-

hen von dem Falle der zweiten Ehe, einer Mutter, welche ab Intestato, mit ihren übrigen Kindern, ein Kind beerbt, der Umstand, daß eins der mitconcurrirenden Kinder gegen den verstorbenen Bruder ingratus war, weiter nicht zu gute kommt, sie deßhalb weder eine größere Intestaterbportion, noch sonst an derselben mehr Rechte erhält, als sie außerdem gehabt haben würde. Wie und aus welchen Gründen sollte ihr denn nun die Ingratitudo eines der Geschwister gegen den Verstorbenen dann einen Vortheil bringen, wenn sie zur zweiten Ehe geschritten ist, und also eigentlich, im Verhältnisse zu diesen ihren Kindern erster Ehe, strenger gehalten wäre?

Eben so auffallend und unerklärlich erscheint es, nach der gewöhnlichen Interpretation, warum hier die Geschwister, wegen Ingratitudo gegen ihre Mutter, auch ihr ganzes Intestaterbrecht, als Geschwister, verlieren sollten. Vollends unbegreiflich ist es, daß sie wegen Ingratitudo gegen die Mutter ihr ganzes Intestaterbrecht als Geschwister unter einander gerade dann und nur dann verlieren sollen, wenn diese ihre Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist.

Gehen wir dagegen viertens von der richtigen hier vertheidigten Ansicht aus, so gewinnt Alles eine andere Gestalt. Die ganze Vorschrift der Novelle enthält dann einen sehr natürlichen Zusammenhang mit den secundis nuptiis, paßt völlig nicht blos zu den allgemeinen Prinzipien, sondern auch insbesondere zu der ganzen Analogie der anderen gesetzlichen Bestimmungen über ähnliche Fälle, die wir in den vorausgegangenen Capiteln der Novelle finden.

Fassen wir nämlich den Inhalt dieser gesetzlichen Bestimmungen kurz zusammen, so ergiebt sich folgendes gemeinschaftliche Resultat. Die Kinder haben einen ganz besonderen Anspruch auf die s. g. Lucra nuptialia aus dieser Ehe, woher sie stammen, d. h. auf dasjenige, was ein Parens direct und unmittelbar von seinem Ehegatten erworben hat. Das zeigt sich besonders bei dem Abschlusse der zweiten Ehe. Denn dann

fällt sogleich die Proprietät dieser Lucra an die Kinder erster Ehe, während der Parens nur den lebenslänglichen Niesbrauch behält. Diese Lucra gehören den Kindern demnach zwar schon vor dem Tode des Parens und verbleiben ihnen daher auch selbst dann, wenn sie den Parens nicht beerben. Sie können auch eben deßhalb eigentlich nicht davon enterbt werden. Damit aber das keine übelen Folgen für das Betragen der Kinder gegen die Eltern habe, soll die gewöhnliche Ingratitudo eines Kindes gegen den Parens, auch in Rücksicht seines Antheils an der Proprietät der Lucra, die Wirkung haben, daß das vom übrigen Vermögen wegen Ingratitudo ausgeschlossene Kind auch seinen Antheil an den Lucris verliert. Nur freilich mit dem, in der natürlichen Beschaffenheit der Lucra liegenden Unterschiede, daß der Parens, nicht über die Lucra, welche das Kind durch Ingratitudo verwirkt hat, wie über das übrige Vermögen frei verfügen kann; das dem ingratus Entzogene adcrescirt vielmehr von selbst und ipso Jure den anderen Kindern, welche nicht ingrati gewesen. Denn nur den Kindern gehören ja ausschließlich die Lucra und nur für sie sind sie bestimmt. Dem Parens selbst gebührt ja, der Proprietät nach, nicht der kleinste Theil davon.

Nun läßt sich aber auch der Fall denken, daß mittelbar aus dem Vermögen des ersten Mannes, durch Intestat-Beerbung[1]) eines Kindes erster Ehe, der Mutter, welche zur zweiten Ehe geschritten ist, etwas zufließt, in so weit nämlich der Nachlaß des ab Intestato verstorbenen Kindes von seinem Vater herrührte. Hier entstand die Frage, wie

---

1) Nur von der Intestatbeerbung gilt das; denn, wenn der Mutter durch Testament oder sonstigen letzten Willen etwas, was das Kind vom Vater erworben hat, zugewendet wird, so kommt sie dabei gar nicht als Mutter in Betrachtung, erwirbt es nicht in dieser Eigenschaft, sondern wird wie eine extranea behandelt. Eben darum wird dann auf ihre zweite Ehe gar keine Rücksicht genommen. Nov. 22. cap. 46. §. 1.

es, in Rücksicht der Mutter, mit diesem Theile des Nachlasses gehalten werden sollte. Auf der einen Seite ließ sich nämlich zwar sagen, dieses sey kein lucrum nuptiale gewöhnlicher Art, indem es die Mutter nicht selbst unmittelbar aus dem Vermögen ihres Mannes und von diesem erworben hat. Sie soll es ja vielmehr zunächst von ihrem Kinde erwerben und aus dessen Nachlasse. Allein auf der andern Seite ließ sich auch nicht verkennen, daß dieser Theil der Intestatportion wenigstens indirect und mittelbar der Mutter, gerade in der Eigenschaft als Mutter, indem sie als solche zur Intestaterbfolge berufen ist, aus dem Vermögen ihres ersten Mannes zufällt und dadurch Aehnlichkeit mit einem lucrum nuptiale erhält. Daher war man auch über seine Behandlung zweifelhaft. In der Novelle 2. nimmt Justinian auf die Herkunft dieses Vermögens noch keine Rücksicht bei der Intestatbeerbung des Kindes von der Mutter, behandelt es also noch nicht als lucrum nuptiale. Denn er gestattet der Mutter daran noch das volle Eigenthum. Dagegen in unserer Novelle 22. behandelt er es gewissermaßen als lucrum nuptiale, jedoch mit einigen mildernden Beschränkungen und Modifikationen.

In so fern wird es freilich dem gewöhnlichen nuptiale lucrum gleichgestellt, als die Mutter daran nur den Usufruct, nicht auch die Proprietät erwirbt. Auch in dem Punkte, daß diejenigen Kinder, welche gegen die Mutter ingrati gewesen und die Ausschließung verdient haben, bei der Mutter Tode ihren Antheil an dem Lucrum verlieren.

Allein darin zeigt sich eine Verschiedenheit der Behandlung, daß die Mutter nicht blos die Ingratitudo des Kindes gegen sie selbst, sondern auch die gegen den früher verstorbenen Bruder, als gerechten Grund zur Ausschließung des Kindes benutzen kann. Das erklärt sich auch sehr einfach. Denn die Geschwister, welche dem verstorbenen Bruder ab Intestato succedirten, verdanken das Lucrum zunächst dem Erblasser,

ihrem Bruder. Darum ist es billig, daß auch bei der Beurtheilung der Ingratitudo auf die Person dieses Bruders Rücksicht genommen wird.

Wahrscheinlich hängt das auch noch weiter so zusammen. Da, wo das Lucrum unmittelbar vom ersten Ehegatten selbst auf den Parens übergegangen ist, also in allen übrigen Fällen, die in der Novelle 22. vorkommen, soll nur die Ingratitudo gegen die Parentes einen gerechten Ausschließungsgrund wider die Kinder abgeben: jedoch wird dabei Rücksicht genommen auf beide Parentes, sowohl auf den ersten Ehegatten des Binubus, von dem das Lucrum herrührt, als auf den Binubus selbst.

[1]) „Palam vero est, quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa *ambos parentes*, aut omnino circa posterius morientem factus aperte monstratur."

Wenn nun aber das Lucrum nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar durch Intestatbeerbung des Kindes, auf die Mutter gekommen ist, so tritt gewissermaßen dieses verstorbene Kind an die Stelle des ersten Ehegatten und darum soll die Mutter, auch wegen Ingratitudo gegen diesen ihren Bruder, die Kinder von dem Lucrum ausschließen dürfen.

Eine andere Verschiedenheit der Behandlung und zwar zum offenbaren Vortheil der Mutter zeigt sich darin, daß der Antheil am Lucrum, welcher wegen Ingratitudo gegen die Mutter oder den verstorbenen Bruder, einem der Kinder entzogen wird, nicht blos den übrigen Geschwistern zufällt, sondern auch verhältnißmäßig mit der Mutter selbst, welche daher dann im Testamente darüber, wie über ihr anderes Vermögen, frei verfügen kann. Es ist dies also eine Milderung, die ihren natürlichen Grund in dem oben angedeuteten Umstande hat, daß dieses Vermögen doch kein gewöhnliches rei-

1) Nov. 22. cap. 26. f.

nes lucrum nuptiale ist, indem es nicht unmittelbar und direct von dem früheren Manne auf die Frau gekommen.

Aus der bisherigen Darstellung erklärt es sich nun auch genügend, warum diese ganze Vorschrift von den ingratis fratribus blos auf den Fall paßt, wenn die Geschwister zugleich mit ihrer Mutter ihren Bruder ab Intestato beerben, so wie blos auf den Fall, wenn die miterbende Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist.

§. 6.

Es bleibt jetzt noch

IV. der Satz zu beweisen übrig, daß hier nicht, wie jetzt allgemein angenommen wird, von einer wirklichen Indignität, welche von der Mutter und von den übrigen Geschwistern, bei der Intestatbeerbung des Kindes und respective des Bruders gegen den ingratus filius et frater geltend gemacht werden könnte, die Rede ist, sondern vielmehr von einer wirklichen Enterbung des Kindes, welche die Mutter hier theils wegen Ingratitudo gegen sie selbst, theils wegen Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder vornehmen darf.

Dabei muß eine andere Untersuchung von allgemeinerem Umfange vorausgeschickt werden. Es ist nämlich nicht zu verkennen, daß es mit der Ingratitudo, welche hier im Verhältnisse der Geschwister zu einander erwähnt wird, ganz dieselbe Bewandniß hat, wie mit der Ingratitudo der Kinder gegen den Parens, wegen welcher diese Kinder, als *ingrati liberi*, von dem ihnen sonst gesetzlich zustehenden Antheile an der Proprietät der lucra nuptialia ausgeschlossen werden sollen. Das beweist nicht nur der ganze innere Zusammenhang, wie er oben entwickelt worden ist, so wie die ganz gleichförmige Terminologie, sondern es wird uns auch sogar geradezu und ausdrücklich im zweiten und dritten Paragraphen des sechs und vierzigsten Capitels unserer Novelle gesagt. Denn im §. 2. heißt es:

„ratione contra ingratos filios *et* super istis rebus servata, quando manifestae causae ingratitudinis demonstrantur.“

und im §. 3.

„Ingratitudinem hic consideramus *non solum ad matrem, secundum pridem a nobis dictum, sed etiam adversus eundem ipsum fratrem defunctum.*

Dadurch wird nämlich, in Rücksicht des Verhältnisses der Kinder zur Mutter, auf die in den vorhergehenden Capiteln angeführten Fälle, wo die Kinder, als *ingrati*, ihren Antheil an dem lucris verlieren sollen, verwiesen. Daß aber, was von ingratis *fratribus* gesagt wird, in dieselbe Kathegorie gehöre, zeigt ihre Zusammenstellung mit den ingratis *liberis* in demselben Falle. Von denselben lucris sollen die Kinder hier ausgeschlossen bleiben, sie mögen nun gegen die Mutter, oder gegen den verstorbenen Bruder ingrati gewesen seyn.

Wenn wir daher die Ingratitudo der Geschwister gegen einander hier als eine Art von Indignität betrachten, welche auch ohne Enterbung im Testamente schon bei gesetzlicher Erbfolge ein Ereptionsrecht gewährt, so müssen wir, um nur einigermaßen consequent zu bleiben, denselben Gesichtspunkt der Indignität auch in den übrigen Fällen, wo den ingratis liberis die lucra abgesprochen werden, festhalten. Kurz! wir müssen dann die Ausdrücke und Begriffe: *ingrati* und *indigni*, *ingratitudo* und *indignitas* in den Capiteln 20. 21. 26. 27. 46. und 47. unserer Novelle für gleichbedeutend erklären.

So consequent sind aber die Vertheidiger der gewöhnlichen Theorie nicht. Denn, obgleich sie in den Lehr- und Handbüchern des römischen Rechtes den Fall des sechs- und sieben und vierzigsten Capitels unter den Indignitätsfällen im

Erbrechte aufzählen[1]), so erwähnen sie doch die übrigen, diesen völlig gleichstehenden gar nicht.

Indessen fehlt es in der That nicht ganz an älteren und neueren Juristen, welche wenigstens bei einigen dieser *lucra*[2]) der Ansicht sind, daß, in Gefolge der Ingratitudo, die Kinder, auch ohne Rücksicht auf wirklich im Testamente des Parens vorgenommene Exheredation, davon ausgeschlossen bleiben, wenn nur hinterdrein sonst nach des Parens Tode eine Ingratitudo, welche die Exheredation gerechtfertigt haben würde, nachgewiesen werden könne. Dahin gehört z. B. unter den Aelteren Scipio Gentilis[3]) und Boehmer[4]). Unter den Neueren Glück[5]) und vielleicht auch v. Wening-Ingenheim[6]). Die Meisten lassen sich auf die ganze Untersuchung gar nicht weiter ein, oder halten es, wie man aus ihren gelegentlichen Aeusserungen ersieht, gar nicht für zweifelhaft, daß wirkliche Exheredation der ingrati liberi zum Verlust ihres Antheiles an dem lucrum nuptiale vorausgesetzt wird[7]).

Dieses Letztere scheint auch in der That das Richtigere zu seyn; und zwar aus folgenden Gründen.

Dafür spricht erstens, daß der von Justinian dabei

---

1) S. oben S. 416. Not. 2 u. 3.

2) Denn consequent durchgeführt finde ich die Ansicht nirgends.

3) De secundis nupt. cap. 17.

4) Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi conjugis disponendi facultate. (Elect. jur. civ. Tom. II. Exerc. XII.) §. 12.

5) Erläut. der Pand. Th. 24. §. 154.

6) Lehrb. des gem. Civ. Rechts. B. IV. §. 385. indem er sich so ausdrückt: „wenn nur keine Ursache vorliegt, daß sie hätten gesetzlich enterbt werden können." Nur wird freilich seine Ansicht dadurch zweifelhaft, daß er sich dabei auf Cujacius a. a. O. stützt, welcher doch eine wirkliche Exheredation verlangt.

7) So namentlich Cujacius Exp. Nov. 22. welcher immer von merito exheredatis redet, mit dem Zusatze: nam exheredatio extinguit omne jus filii.

gebrauchte Ausdruck durchaus nicht auf eine Indignität mit deren Wirkungen, sondern lediglich auf eine testamentarische Ausschließung der Kinder aus gerechten Gründen hinweiset. Denn nirgends wird das Wort *indignus* oder *eripere*, gebraucht, oder ein ähnliches Wort was für die Indignität eigenthümlich und bezeichnend ist. Vielmehr ist immer nur die Rede davon, daß die *ingrati* liberi an dem ihnen sonst gebührenden lucrum nicht Theil nehmen, sondern sie davon ausgeschlossen bleiben sollen. Die Ausdrücke *ingratus, ingratitudo, causae ingratitudinis*, sind nun aber eben bekanntlich im neueren römischen Rechte die technischen Bezeichnungen für das Verhältniß der Enterbung und Ausschließung von dem Pflichttheile [1]).

Daß ferner insbesondere Justinian in unserer Novelle 22. da, wo er die ingrati liberi von jenen lucris, welche mit der Ehe des Parens zusammenhängen, ausgeschlossen wissen will, gerade dieselben causae ingratitudinis, dieselben Handlungen der Kinder im Sinne hat, wegen welcher allein sie als ingrati im Testamente von dem Pflichttheile ausgeschlossen werden können, das beweisen auf das bestimmteste die Ausdrücke und Wendungen, deren er sich dabei bedient, namentlich im sieben und zwanzigsten Capitel:

> „hoc autem, quod plus est, divident adinvicem grati filii parentibus, non ingrati circa hoc approbati, *per ingratitudinem hujusmodi obnoxii constituti, qualem leges quaerunt* [2]).

Julian [3]) in der Epitome verweist sogar ausdrücklich dabei auf das neueste Recht in der Novelle 115. über die Enterbungsgründe.

---

1) Wenn das noch eines Beweises bedürfte, so genügte schon die Verweisung auf c. 30. pr. c. 33. §. 1. c. 34. C. 3, 28. Nov. 115.

2) Vergl. c. 10. fin. C. 5, 9.

3) Const. XXXVI. 161.

„causae autem ingratitudinis in alia inferiore constitutione exponuntur."

Es soll nun, nach der Ansicht derjenigen, welche den Gesichtspunkt der Indignität hier annehmen, der Verlust der Lucra nicht blos an die Enterbung der Kinder, wegen ihnen zur Last gelegter Ingratitudo, also nicht blos an den Umstand, daß der Erblasser in seinem Testamente sie ausdrücklich für ingrati erklärt und deßhalb ausgeschlossen hat, geknüpft seyn, sondern schon an das bloße erweisliche Factum, daß die Kinder ingrati gegen den Parens gewesen, auch wenn Letzterer es ihnen im Testamente nicht vorgeworfen, sie deshalb nicht enterbt, ja vielleicht gar kein Testament errichtet hat.

Darin liegt aber zweitens eine sehr große Neuerung und eine sehr bedeutende Abweichung von dem bisherigen Prinzipe, von dem bei der Ingratitudo ausgegangen wurde und welches noch Justinian selbst in einer früheren Constitution[1]) scharf hervorgehoben wiederholt:

„Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur; cum eos scilicet ingratos circa se fuisse testator dixerit. *Nam, si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebet ejus heredibus, ingratos eos nominare et hujusmodi quaestionem introducere.*"

Dieses Prinzip besteht darin, daß, sogar da, wo eine Ingratitudo vorhanden seyn sollte, der Erblasser selbst aber sie nicht ausdrücklich gerügt hat, dieselbe den Pflichttheilsberechtigten nicht schädlich werden sollte, und namentlich von den Erben des Testirers nicht gegen sie geltend gemacht werden kann[2]).

Eine solche Neuerung, selbst wenn sie nur für gewisse Fälle und für gewisse Vermögensstücke eintreten soll, kann

---

1) c. 30. pr. C. 3, 28.

2) Schöman Handb. des Civilr. B. 1. S. 139 u. f. Glück Ausf. Erl. der Pand. B. VII. S. 397 u. f.

schon an sich, nach allgemeinen Interpretationsgrundsätzen, auf keinen Fall vermuthet werden, sondern nur auf einer klaren bestimmten Gesetzessanction beruhen. Am allerwenigsten ist von Justinian's besonderer Art und Weise zu erwarten, daß er eine, in ihren Folgen so wichtige Neuerung stillschweigend, ohne sie mit vielen Worten rühmend und erklärend zu entwickeln, mit einer kurzen Wendung einführen werde.

Eine solche Sanction Justinian's, worin etwas der Art klar ausgesprochen läge, suchen wir nicht blos vergebens, sondern es weisen sogar die vom Kaiser gebrauchten Wendungen und der ganze Zusammenhang, in welchem sie vorkommen, sehr bestimmt darauf hin, daß er unter ingratis liberis immer nur solche versteht, welche wegen erweislicher Ingratitudo enterbt sind. Er bedient sich nämlich, zur Bezeichnung derjenigen liberi, welche als ingrati der lucra verlustig gehn sollen, der Worte:

[1]) „Palam vero est, quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa ambos parentes, aut omnino circa posterius morientem factus *aperte monstratur*."

Ferner:

[2]) „ratione contra ingratos filios undique et super istis rebus servata, *quando manifestae causae ingratitudinis demonstrantur*."

während es in einer frühern Constitution desselben Kaisers [3]) in einem Zusammenhange, worin unbezweifelt von testamentarischer Exheredation der ingrati die Rede ist, so heißt:

„Eos enim liberos hujusmodi beneficio defraudari volumus, *qui re ipsa ingrati circa suam antiquitatem ab heredibus genitorum liquidis et indubitatis probatio-*

1) Nov. 22. cap. 26. fin.

2) Nov. 22. cap. 46. §. 2.

3) c. 19. fin. C. 5, 9. Ueberhaupt verdient diese ganze Constitution hier nachgelesen und verglichen zu werden.

nibus convicti fuerint ex ejusmodi casibus, qui antea priscis legibus enumerati sunt."

so wie in einer anderen ähnlichen Constitution [1]) so:

„si tamen non ingrati legitimis modis *arguantur*."

Noch mehr! im sechs und zwanzigsten Capitel unserer Novelle führt Justinian als Grund, warum die ingrati liberi von den lucris ausgeschlossen bleiben sollen, an: *contra ingratos enim positas non transcendimus leges*, taliter et parentes honorantes et filios ad pietatem deducentes. Er verweist also dabei förmlich auf die gewöhnlichen Gesetze von der Ingratitudo; das sind aber eben die, welche von der Enterbung der ingrati liberi handeln. Ja! in demselben sieben und zwanzigsten Capitel, worin er die ingrati liberi eines bestimmten lucri der fraglichen Art, wegen ihrer Ingratitudo, für verlustig erklärt, spricht er auch zugleich ausdrücklich von dem eigentlichen Pflichttheile der Kinder, der ihnen, nach dem neuesten Rechte der Novelle 18. gebühre und fügt auch da die Beschränkung hinzu: nisi *rursus* ingratitudinis ratio contradicat. Er stellt also beide Fälle, die Ausschließung von dem eigentlichen Pflichttheile und den Verlust der lucra in Gefolge der Ingratitudo einander völlig gleich.

Endlich im ein und zwanzigsten Capitel unserer Novelle spricht er von dem Falle, wenn alle Kinder ingrati seyen. Dann soll das Lucrum, ganz so, wie das übrige Vermögen und der eigentliche Nachlaß des Parens, an die Erben desselben kommen, mit Ausschluß aller Kinder. Das setzt doch nothwendig eine Enterbung der Kinder voraus, weil diese eben sonst entweder ex testamento, oder ab Intestato die Erben seyn müßten. Auf dieses Enterben im Testamente weisen denn auch sehr bestimmt zurück die Schlußworte des zwanzigsten Capitels: „unde, si praemium est ex lege descendens in eos, *nulla adjectione neque tur-*

1) c. 32. pr. C. 3, 28.

betur neque minuatur, nisi forte causam ipsi dent filii *suae deminutionis.*"

Entscheidend ist **drittens** die ganze ratio legis, wie sie **Justinian** selber mehrmals in unserer Novelle 22. deutlich ausspricht. Als Grund, warum die ingrati liberi auch nicht ein Mal den Antheil an den lucris erhalten sollen, führt er nämlich an[1]: ne forte propter spem hujus possessionis contra parentes accedant, et protervi sint, et naturae injurientur leges. — **Ferner**[2]: ut alios corripiamus, parentes honorare, et fratrum exemplum respicere[3].

Es ist also diese Ausdehnung der älteren Theorie von der Ingratitudo der Kinder auch auf ihren Antheil an den lucris nuptialibus **zunächst blos zum Besten des Parens** eingeführt, nicht zum Besten der übrigen Geschwister des ingratus. Eben darum ist aber auch natürlich und zu vermuthen, daß nur der Parens selber die Ingratitudo mit Wirksamkeit rügen kann, nicht aber die Geschwister, wenn der Parens sie dem ingratus verzeiht und ungerügt läßt. Gerade so, wie, aus demselben Grunde, weil es zunächst nur ein Recht der Eltern ist, die übrigen Kinder nichts dagegen einwenden können, wenn die Eltern ein Kind, welches die Ausschließung vom Pflichttheile verdient hätte, unenterbt lassen.

Allerdings soll dasjenige, was von den lucris der ingratus filius nicht erhält, den übrigen Geschwistern, diese mögen nun Erben geworden seyn, oder nicht, zuwachsen. Allein das erklärt sich einfach aus dem Umstande, weil überhaupt, nach allgemeinem Prinzipe, der Parens an den lucris keine Proprietät und also auch keine Dispositionsbefugniß

1) Nov. 22. cap. 27. fin.

2) Nov. 22. cap. 21. pr.

3) Ganz dieselbe ratio legis liegt dem, schon seit langer Zeit bestehenden Rechte des Parens, seine undankbaren Kinder vom Pflichttheile im Testamente auszuschließen, zum Grunde.

darüber hat. Er darf zwar, durch seine testamentarische Rüge der Ingratitudo und durch die deßhalb verfügte Ausschließung von dem übrigen, ihm selbst gehörenden Nachlasse, verhindern, daß der ingratus filius, trotz seiner bewiesenen Schlechtigkeit, gewissermassen ihm zum Hohne, doch etwas von den lucris erhalte; aber über den, ihm so mittelbar durch die Exheredation entzogenen Antheil an den lucris kann er letztwillig nicht anders verfügen und daher das gesetzliche Anwachsungsrecht der übrigen Geschwister. Wie wenig indessen die Ausschließung des ingratus von dem lucrum zunächst und blos zu Gunsten jener übrigen Geschwister bestimmt ist, davon zeugt schon im ein und zwanzigsten Capitel unserer Novelle die Vorschrift:

„Si quis enim ex eis ingratus videtur, praemium hoc aliis damus, nihil tale agentibus, ut et alios corripiamus parentes honorare, et ad fratrum exemplum respicere. Unde, si tantum infortunium filiorum sit sobolis, ut omnes ingrati sint, ad heredes venient haec defuncti, tanquam illius substantiae constituta; non valentibus filiis ex parente a se exhonorato praemium habere."

Denn auch dann, wenn alle Kinder ingrati sind, also keiner, weder seinen eigenen Antheil am lucrum, noch durch Adcrescenzrecht den Antheil der übrigen erwerben kann, so soll dennoch die Ausschließung Statt finden und das lucrum fällt nunmehr den sonstigen Erben, den extraneis heredibus des Parens zu.

Es liegt hierin vielmehr viertens ein neuer Beweisgrund für unsere Ansicht. Denn sicher ist es nicht zu glauben, daß sogar die eingesetzten ganz fremden Personen, die extranei heredes, ohne von dem Parens im Testamente dazu autorisirt zu seyn, nach dessen Tode auftreten und die Ingratitudo der Kinder rügen dürfen, um deren lucra nuptialia sich zu verschaffen.

Zu allem diesem kommt fünftens noch eine andere Rücksicht, welche dem Gesichtspunkte der Indignität hier völlig widerspricht. Es ist nämlich nicht zu verkennen, daß die Kinder zu den lucris nuptialibus, von denen hier die Frage ist, in einem ganz anderen Verhältnisse stehen, als zu dem übrigen eigentlichen Erbvermögen des Parens.

Das letztere gehört, vor der wirklich erfolgten Beerbung des Parens, noch nicht den Kindern, sondern sie haben nur theils einen Intestaterbanspruch darauf, theils, wenn der Parens testirt, einen Anspruch auf die Legitima daran. Auf jeden Fall steht aber dem Parens selber, sowohl inter Vivos, als Mortis causa, die freie Dispositionsbefugniß darüber zu, welche eben nur durch die Ansprüche der Pflichttheilsberechtigten einigermaaßen beschränkt ist.

Ganz anders verhält sich das mit unseren lucris nuptialibus. Diese gehören, nach Abschluß der zweiten Ehe [1]), gar nicht mehr zum eigentlichen Vermögen des Parens, sondern schon, der Proprietät nach, den Kindern. Die Kinder haben daran also, schon bei Lebzeiten des Parens, ein Eigenthumsrecht, und sie sollen ihnen, sie mögen nun den Parens späterhin beerben, oder nicht, wie es in der Novelle heißt, *honore praecipuo* — als *praemium ex lege descendens in eos* — unbedingt immer verbleiben. Dem Parens steht zwar der Usufructus daran zu, aber durchaus keine Dispositionsbefugniß, weder inter Vivos, noch Mortis causa.

Wenn nun gesagt wird, es solle der ingratus filius, in Gefolge der gewöhnlichen gesetzlichen causae ingratitudinis, auch dieser lucra verlustig gehen, so ist, schon wegen seines besonderen Verhältnisses zu denselben, nichts weniger zu vermuthen, als daß er in Rücksicht derselben noch strenger und härter behandelt werden solle, als in Rücksicht seines gesetz-

---

1) Zum Theil schon früher, nach der Nov. 98. vergl. mit Nov. 127. cap. 3. S. diese Zeitschrift B. III. H. 1. S. 104 u. f.

lichen Anspruches auf die Legitima. Wie wenig **würde es** der Natur der Sache und der Eigenthümlichkeit **der verschiedenen** Vermögensarten entsprechen, wenn unter **Umständen**, wo das Kind nicht ein Mal von demjenigen **Vermögen**, was dem Parens selbst gehört, wobei zunächst **alles** von seiner Disposition abhängt, ausgeschlossen bleibt, **weil** der Parens entweder kein Testament errichten, oder **wenigstens** darin von seinem Enterbungsrechte keinen Gebrauch machen wollte[1]), wenn unter denselben Umständen dennoch das Kind von den ihm schon längst der Proprietät nach gehörenden lucris ausgeschlossen seyn sollte? Würde dann nicht, auf eine aller Analogie widersprechende Weise, der Parens in Rücksicht dieser lucra, in gewisser Beziehung, durch die Abschließung der zweiten Ehe mehr Rechte gegen die Kinder erster Ehe erwerben, als er außerdem gehabt hätte? Würden nicht umgekehrt durch die zweite Heirath ihres Parens die Kinder erster Ehe gewissermaaßen in eine schlimmere Lage kommen, als wenn der Parens nicht zur zweiten Ehe geschritten wäre?

Gewiß war dieses nicht die Absicht des Gesetzgebers und konnte es auch nicht seyn! Er wollte nur einen zu befürchtenden Uebelstand verhüten, worüber Justinian selbst in einer frühern Constitution sich folgendermaaßen ausspricht:

> „maxima iniquitas ex hac sanctione contra genitores efficiebatur. *Liberi etenim, scientes, quod omnimodo aliquid sibi a genitoribus suis etiam nolentibus relinquendum est, et tantum, quantum secundus maritus, vel noverca acceperit, omni licentia et lascivia suos genitores injuriis adficiebant.* Quapropter sancimus, ingratos revera liberos neque hoc beneficium, quod di-

1) Nur einige sehr wenige der gesetzlichen causae ingratitudinis sind auch zufällig Indignitätsgründe in Beziehung auf die Intestatfolge.

valis constitutio Leonis augustae memoriae eis praestitit, in posterum posse sibi vindicare, sed quasi ingratos ab omni hujusmodi lucro repelli".

Dieser Zweck, den Uebermuth und die Frechheit der Kinder zu verhüten, weil sie darauf trotzen, der Parens müsse auch *nolens* ihnen gewisse lucra ex secundis nuptiis lassen, wird schon vollkommen dadurch erreicht, wenn dem Parens nur ein Mittel an die Hand gegeben wird, durch seine Willenserklärung im Testamente den ingratis liberis auch ihren gesetzlichen Antheil an den Lucris zu entziehen. Es ist das dann zwar keine eigentliche Enterbung von diesen Gütern; denn diese ist nicht möglich, weil der Vater kein Dispositionsrecht darüber hat und ihm namentlich das jus electionis entzogen worden ist[1]. Allein die Ausschließung des ingratus filius auch von seinem Antheile an den lucris ist eine stillschweigende gesetzliche Folge der Ausschließung des Kindes vom übrigen Nachlasse.

Endlich sechstens spricht gegen den aufgestellten Gesichtspunkt einer Indignität hier noch der Umstand, daß auf diese Fälle der eigentliche wahre Begriff der Indignität schon an sich gar nicht paßt, gar nicht darauf anwendbar ist. Denn, in Gefolge der Indignität, wird dem Berufenen eine ihm deferirte Erbschaft oder ein zugedachtes Vermächtniß entrissen. Dagegen hier ist von einer deferirten Succession überhaupt gar nicht die Rede, weder von einer Erbschaft, noch von einem Vermächtnisse. Was der ingratus filius bei dem Tode des Parens verlieren soll, ist ja etwas, was er gar nicht durch Erbschaft oder Vermächtniß erst erwerben soll, sondern was er schon längst unmittelbar durch das Gesetz, der Proprietät nach, erworben hatte.

---

1) Nov. 22. cap. 25 u. 26.

§. 7.

Nach dieser allgemeineren Untersuchung über das eigentliche Wesen der Ingratitudo in der Novelle 22. kehren wir nun wieder zu der Erklärung des sieben und vierzigsten Capitels derselben zurück, von der wir ausgegangen waren.

Wir konnten dieselbe darum nicht entbehren, weil sie für unsere speziellere Frage gewissermaaßen präjudiziell ist. Denn, wie schon oben bemerkt worden, es steht die Ingratitudo der Geschwister gegen den Erblasser im genauesten inneren und äußeren Zusammenhange mit der Ingratitudo der Kinder gegen den Parens bei den übrigen lucris nuptialibus, und beide haben dieselbe Natur.

Für den aufgestellten Satz, daß die drei causae ingratitudinis adversus ipsum fratrem defunctum, welche im sieben und vierzigsten Capitel aufgezählt werden, Ursachen sind, welche die Mutter berechtigen, in ihrem Testamente das Kind von den lucris auszuschließen, sprechen nun folgende Beweisgründe.

Es geht erstens aus der Entwickelung des vorigen Paragraphen hervor, daß in den früheren Capiteln unserer Novelle unter *ingratis* nicht *indigni*, sondern diejenigen zu verstehen sind, welche aus gerechten Gründen vom Nachlasse ausgeschlossen worden sind. Daher wäre es gewiß ein unerklärliches Wechseln der Bezeichnungen und daran geknüpften Begriffe, wenn in demselben Gesetze, ja in denselben zu Einer Materie gehörenden Capiteln desselben, auf ein Mal dem Worte *ingratus* eine ganz andere, noch dazu von dem allgemeinen juristischen Sprachgebrauche abweichende Bedeutung untergelegt würde.

Im Gegentheile beweist ja zweitens die ganze Art, wie Justinian die Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder, durch die Wortfassung, mit der Ingratitudo gegen die Mutter in die genaueste Verbindung bringt, daß erstere, ihrem ganzen Wesen nach, in dieselbe Cathegorie gehört, wie letztere. Denn es heißt ja ausdrücklich: ingratitudinem hic

considerámus *non solum* ad matrem, *sed etiam* adversus eundem ipsum fratrem defunctum. Davon war schon zu Anfange des sechsten Paragraphen die Rede.

Es würde aber auch drittens, selbst wenn sich der Wortfassung nach denken ließe, daß die Ingratitudo gegen die Mutter eine causa exheredationis, die Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder eine Indignität bezeichnen sollte, eine solche Zusammenstellung hier nicht blos auffallend, sondern fast ganz ungereimt erscheinen.

Das hängt viertens mit folgender anderen Schwierigkeit zusammen, die uns in den Weg tritt, wenn wir die Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder für eine Indignität erklären. Es soll dann nämlich, der gewöhnlichen Ansicht nach, diese Indignität bei der Intestatbeerbung des Bruders von seinen Geschwistern und seiner Mutter eintreten und ihre Wirksamkeit äußern. Allein nur, wenn die Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist, oder auch späterhin noch dazu schreitet, nach schon geschehener Beerbung. Denn es heißt im Gesetze: si autem intestatus filius moriatur, jam ad secundas matre veniente nuptias, *aut postea veniente* [1]). Wie ist es nun möglich, daß schon bei der Intestatbeerbung selbst die Indignität mit Wirksamkeit sich äußern kann, wenn sie gesetzlich an Voraussetzungen geknüpft ist, welche vielleicht erst lange, erst mehrere Jahre nach der erfolgten Intestatbeerbung eintreten! Diese ganze Schwierigkeit löst sich dagegen sehr einfach, wenn wir von der Ansicht ausgehen, daß eine solche Ingratitudo der Kinder gegen ihre miterbende Mutter oder den verstorbenen Bruder selbst blos der Mutter einen gerechten Grund zu ihrer dereinstigen Ausschließung im Testamente abgiebt, wodurch sie, ausser dem eigentlichen Nachlasse der Mutter, von dem sie zunächst allein ausgeschlossen werden kann, auch den ihnen sonst gebührenden

---

1) Vergl. oben §. 4.

Antheil an der Proprietät der Lucra verlieren. Denn diese Wirkung der Ingratitudo soll sich ja erst bei dem Tode der testirenden Mutter äußern und da ist es sicher entschieden, ob sie wieder zur zweiten Ehe geschritten ist, oder nicht. Damit steht auch keineswegs im Widerspruche, daß ja das dem Ingratus entzogene Lucrum, nach Inhalt des Gesetzes, auf die übrigen Kinder und die Mutter fallen soll. Denn das hat den einfachen Sinn, daß jetzt die Mutter über den sie daran treffenden Antheil des Lucri beliebig und frei, wie über ihr eigenes übriges Vermögen, im Testamente verfügen kann.

Aus der hier vertheidigten Ansicht erklärt sich fünftens manches Andere, was sonst höchst auffallend, gegen alle Analogie und fast unerklärlich erschiene.

Wäre hier nämlich in der That die Rede von einer gesetzlichen Indignität, wodurch, auch ohne erfolgte Enterbung von Seiten der Mutter, die Geschwister wegen Ingratitudo gegen einander, der Intestaterbfolge, als Unwürdige, verlustig gehn sollen, so fragt es sich, warum diese Indignität der Geschwister im Verhältnisse zu einander blos, wie doch im Gesetze bestimmt und oben nachgewiesen ist, für den Fall der zweiten Ehe ihrer Mutter, warum ferner blos in Rücksicht der bona a patre venientia zur Anwendung kommen solle; warum endlich überhaupt Geschwister, die sich in der Regel nicht ein Mal, wenn sie testiren, einen Pflichttheil schuldig sind [1]), hier ab Intestato gegen einander mehr Recht haben sollen, als ab Intestato die pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten gegen einander haben [2]). Der

---

1) Selbst nach der gewöhnlichen Ansicht, wonach die Geschwister einander einen Pflichttheil schuldig seyn sollen, tritt diese Verbindlichkeit doch nur unter der Voraussetzung, daß turpes personae instituirt werden, ein. Von einer solchen Einsetzung der turpes personae ist aber hier natürlich gar nicht die Rede.

2) Denn von den drei im Gesetze aufgeführten causis ingratitudinis adversus ipsum fratrem defunctum enthält zwar die erste, lebens-

Umstand, daß das Vermögen vom Vater herrührt und daß die Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist, kann zwar den Kindern erster Ehe gegen die miterbende Mutter mehr Rechte an den Lucris verschaffen, als sie sonst gehabt haben würden, nicht aber auch gegen einander selbst.

Alles dieses erhält durch unsere Erklärung der Stelle sein volles Licht. Denn danach erscheint die Ingratitudo der Geschwister gegen den Verstorbenen in einem sehr natürlichen Zusammenhange mit der zweiten Ehe der Mutter und mit den lucris ex prioribus nuptiis, wie dies schon am Schlusse des §. 5. oben weiter ausgeführt worden ist.

Es geht endlich sechstens schon aus einer einfachen grammatischen Interpretation der Wortfassung hervor, daß die im Gesetze namhaft gemachten drei Fälle der Ingratitudo gegen den Bruder hier als solche aufgeführt werden, wodurch der Thäter als ingratus *filius*, nicht als ingratus *frater* erscheint, daß also vom Gesetzgeber auch die Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder zunächst auf das Verhältniß des Ingratus zu der Mutter bezogen wird. Denn, nachdem es am Schlusse des sieben und vierzigsten Capitels geheissen: „ratione contra ingratos *filios* undique et super istis rebus habita, quando manifestae causae ingratitudinis demonstrantur“ wird unmittelbar darauf so fortgefahren: „ingratitudinem, (sc. *filiorum*, denn von diesen als solchen war ja eben nur die Rede,) autem hic consideramus non solum ad matrem — sed etiam adversus eundem ipsum fratrem defunctum.“ Das heißt: dasjenige, was hier den filius im Verhältnisse zu seiner Mutter zum

---

gefährliche Nachstellung, einen allgemeinen Indignitätsgrund, aber zu Gunsten des Fiskus. Fr. 3. D. 34, 9. Fr. 7. §. 4. D. 48, 20. Die beiden anderen, Erhebung einer Criminalanklage und Versuch, den Erblasser seines Vermögens zu berauben, enthalten gar keine allgemeine Indignitätsgründe.

Antheil an der Proprietät der Lucra verlieren. Denn diese Wirkung der Ingratitudo soll sich ja erst bei dem Tode der testirenden Mutter äußern und da ist es sicher entschieden, ob sie wieder zur zweiten Ehe geschritten ist, oder nicht. Damit steht auch keineswegs im Widerspruche, daß ja das dem Ingratus entzogene Lucrum, nach Inhalt des Gesetzes, auf die übrigen Kinder **und die Mutter** fallen soll. Denn das hat den einfachen Sinn, daß jetzt die Mutter über den sie daran treffenden Antheil des Lucri beliebig und frei, wie über ihr eigenes übriges Vermögen, im Testamente verfügen kann.

Aus der hier vertheidigten Ansicht erklärt sich **fünftens** manches Andere, was sonst höchst auffallend, gegen alle Analogie und fast unerklärlich erschiene.

Wäre hier nämlich in der That die Rede von einer gesetzlichen Indignität, wodurch, auch ohne erfolgte Enterbung von Seiten der Mutter, die Geschwister wegen Ingratitudo gegen einander, der Intestaterbfolge, als Unwürdige, verlustig gehn sollen, so fragt es sich, warum diese Indignität der Geschwister im Verhältnisse zu einander blos, wie doch im Gesetze bestimmt und oben nachgewiesen ist, für den Fall der zweiten Ehe ihrer Mutter, warum ferner blos in Rücksicht der bona a patre venientia zur Anwendung kommen solle; warum endlich überhaupt Geschwister, die sich in der Regel nicht ein Mal, wenn sie testiren, einen Pflichttheil schuldig sind[1]), hier **ab Intestato** gegen einander mehr Recht haben sollen, als ab Intestato die pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten gegen einander haben[2]). Der

1) Selbst nach der gewöhnlichen Ansicht, wonach die Geschwister einander einen Pflichttheil schuldig seyn sollen, tritt diese Verbindlichkeit doch nur unter der Voraussetzung, daß turpes personae instituirt werden, ein. Von einer solchen Einsetzung der turpes personae ist aber hier natürlich gar nicht die Rede.

2) Denn von den drei im Gesetze aufgeführten causis ingratitudinis adversus ipsum fratrem defunctum enthält zwar die erste, lebens-

Umstand, daß das Vermögen vom Vater herrührt und daß die Mutter zur zweiten Ehe geschritten ist, kann zwar den Kindern erster Ehe gegen die miterbende Mutter mehr Rechte an den Lucris verschaffen, als sie sonst gehabt haben würden, nicht aber auch gegen einander selbst.

Alles dieses erhält durch unsere Erklärung der Stelle sein volles Licht. Denn danach erscheint die Ingratitudo der Geschwister gegen den Verstorbenen in einem sehr natürlichen Zusammenhange mit der zweiten Ehe der Mutter und mit den lucris ex prioribus nuptiis, wie dies schon am Schlusse des §. 5. oben weiter ausgeführt worden ist.

Es geht endlich sechstens schon aus einer einfachen grammatischen Interpretation der Wortfassung hervor, daß die im Gesetze namhaft gemachten drei Fälle der Ingratitudo gegen den Bruder hier als solche aufgeführt werden, wodurch der Thäter als ingratus *filius*, nicht als ingratus *frater* erscheint, daß also vom Gesetzgeber auch die Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder zunächst auf das Verhältniß des Ingratus zu der Mutter bezogen wird. Denn, nachdem es am Schlusse des sieben und vierzigsten Capitels geheissen: „ratione contra ingratos *filios* undique et super istis rebus habita, quando manifestae causae ingratitudinis demonstrantur“ wird unmittelbar darauf so fortgefahren: „ingratitudinem, (sc. *filiorum*, denn von diesen als solchen war ja eben nur die Rede,) autem hic consideramus non solum ad matrem — sed etiam adversus eundem ipsum fratrem defunctum.“ Das heißt: dasjenige, was hier den filius im Verhältnisse zu seiner Mutter zum

---

gefährliche Nachstellung, einen allgemeinen Indignitätsgrund, aber zu Gunsten des Fiskus. Fr. 3. D. 34, 9. Fr. 7. §. 4. D. 48, 20. Die beiden anderen, Erhebung einer Criminalanklage und Versuch, den Erblasser seines Vermögens zu berauben, enthalten gar keine allgemeine Indignitätsgründe.

ingratus macht, und seine Ausschließung rechtfertigt, ist nicht blos, wie sonst, sein Betragen gegen die Mutter selbst, sondern auch sein Betragen gegen den verstorbenen Bruder. Warum übrigens der Mutter hier gestattet ist, auch die Ingratitudo ihres Kindes gegen den verstorbenen Bruder zu rügen, davon ist schon oben im fünften Paragraphen gehandelt worden.

§. 8.

Der Verfasser dieser Abhandlung ist für seine eigenen Ansichten nicht so eingenommen, daß er, bei dem Ueberlesen des bisher Ausgeführten, eine Bemerkung, welche sich ihm aufdrängt, unterdrücken mag.

Es waren nämlich vier Punkte seiner aufgestellten Theorie, welche zu beweisen er unternommen. Die drei ersten glaubt er im vierten und fünften Paragraphen so vollständig bewiesen zu haben, daß wer seine Gründe unbefangen prüft, und nicht schon im Voraus gegen jede Bestreitung einer bisher allgemein herrschenden Ansicht eingenommen ist, ihnen wohl seine Zustimmung nicht versagen wird.

Der vierte Punkt bietet allerdings mehr Schwierigkeiten dar. Auch will der Verfasser nicht läugnen, daß ihm selbst, bei dessen Bearbeitung, einige Zweifel und Bedenklichkeiten aufgestiegen sind. Aber dennoch, nach mehrmals und sorgfältig wiederholter Prüfung, glaubte er sich mit voller Ueberzeugung für dasjenige aussprechen zu müssen, was er im sechsten und siebenten Paragraphen entwickelt hat.

Nur freilich muß er unter diesen Umständen, und in Gefolge dieses seinen eigenen Eingeständnisses, sich um so mehr auf Widerspruch gefaßt machen.

Jedenfalls aber, selbst wenn die in den beiden letzten Paragraphen ausgeführten Gründe nicht den gewünschten allgemeinen Eingang finden sollten, mögten doch durch das

Bisherige für die Wissenschaft und Wahrheit folgende Resultate gewonnen worden seyn.

Es sind erstens sicher die Folgen jener Ingratitudo der Geschwister gegen den verstorbenen Bruder lediglich auf den Fall zu beschränken, wo eine Mutter, welche entweder schon zur zweiten Ehe geschritten ist, oder wenigstens späterhin noch dazu schreitet, ab Intestato zugleich mit ihren übrigen Kindern ein Kind erster Ehe beerbt.

Es leidet zweitens keinen Zweifel, daß dasjenige, was in Gefolge der Ingratitudo der Geschwister für dieselben verloren geht, es mag nun verloren gehn, wie und auf welche Art es wolle, lediglich in dem gesetzlichen Antheile der ingrati fratres an der Proprietät von der ihrer Mutter gebührenden Intestatportion des Nachlasses, so weit er von ihrem ersten Manne und des zu beerbenden Kindes Vater herrührt, besteht.

Es liegt drittens eine nicht zu verkennende Inconsequenz darin, wenn man für die ingrati *fratres* den Gesichtspunkt der Indignität aufstellt, und nicht dasselbe in Rücksicht der vielen anderen Fälle thut, welche oben im §. 3. aufgezählt worden sind, worin nach Vorschrift der Novelle 22. die ingrati erga parentes *liberi* um gewisse lucra kommen sollen. Denn daß in allen jenen Fällen von derselben Ingratitudo die Rede ist, leidet keinen Zweifel und ist schon oben nachgewiesen worden.

Wer also die Ingratitudo der Geschwister hier als Indignität behandelt und unter die Indignitätsfälle aufführt, der muß theils jene andere im §. 3. angegebenen Fälle der Ingratitudo ebenfalls darunter rangiren, theils den hier zunächst in Untersuchung stehenden Fall so fassen, daß er damit auch zugleich die Ingratitudo gegen die miterbende Mutter selbst, welche Justinian mit der Ingratitudo gegen den verstorbenen Bruder auf eine Linie stellt, in genaue Verbindung bringt.

Nur muß auch hier wiederholt werden, daß selbst dann der eigentliche wahre Begriff der Indignität nicht passen würde [1]). Es würde sich vielmehr dieses zu einem ganz besonderen eigenthümlichen Verhältnisse gestalten.

§. 9.

An das bisherige schließen sich noch einige Fragen an, welche zum Theil sehr verschieden beantwortet zu werden pflegen.

Es fragt sich nämlich erstens, wem dasjenige zufällt, was der ingratus frater nicht erhalten soll. Einige [2]) bestimmen es für die übrigen Geschwister. Andere für die übrigen Geschwister und die mit ihnen concurrirenden Intestaterben [3]). Wieder Andere [4]) für die Geschwister und die mit, oder nach ihnen gerufenen Intestaterben.

Nach den Worten der Novelle selbst ist die Sache sehr einfach und klar. Denn es heißt ja ausdrücklich darin, daß es für die übrigen Geschwister und die Mutter bestimmt sei. Ejus enim portio *tam ad reliquos fratres, quam ad matrem* veniat. Ueberhaupt setzt ja der ganze Fall, wie oben gezeigt worden ist, als eine poena secundarum nuptiarum, voraus, daß gerade die Mutter mit den Geschwistern des Verstorbenen concurrirt. Wenn keine solche Mutter mit succedirt, so kommt die Ingratitudo der Geschwister gegen den Erblasser gar nicht in Betracht.

Seit der Novelle 118. succediren ab Intestato dem Verstorbenen neben der Mutter nicht blos die vollbürtigen Ge-

---

1) S. oben den Schluß des sechsten Paragraphen.

2) Z. B. Hofacker c. l. Schweppe a. a. O. v. Wening-Ingenheim a. a. O. Zimmern a. a. O. Roßhirt a. a. O.

3) Z. B. Thibaut Pand. Recht a. a. O.

4) Z. B. Muehlenbruch c. l.

schwister, sondern auch der früher verstorbenen vollbürtigen Geschwister Kinder ersten Grades. Es fragt sich also, wie sich das Verhältniß danach jetzt gestaltet. Es unterliege wohl keinem gegründeten Zweifel, daß jetzt auch die Geschwister-Kinder an den lucris so gut, wie die Geschwister selbst, participiren. Denn dafür spricht schon die ganze ratio legis, indem hier von secundis nuptiis und einem Vortheile der Kinder erster Ehe die Rede ist, wobei schon an sich zwischen Kindern und Enkeln kein Unterschied Statt findet. Das beweist ferner die speziellere Analogie im ein und zwanzigsten Capitel unserer Novelle 22., wo es von einem solchen Lucrum heißt:

„Si vero filiorum alii quidem inter vivos sint, alii vero defuncti quidem sint, filios autem relinquant, defuncti portionem illius damus filiis, si heredes sint patris; alioqui ad fratres deducimus.“

Endlich beweisen auch die Basiliken auf das bestimmteste, daß wenigstens das Postjustinianische Recht die Geschwisterkinder mit theilnehmen ließ und also die Nov. 22. auf die hier angegebene Weise interpretirte. Denn sie übersetzen so [1]):

„τὸ γὰρ ἐκείνου μέρος εἴς τε τοὺς λοιποὺς ἀδελφοὺς καὶ ἀδελφόπαιδας, καὶ τὴν μητέρα ἐρχέσθω.“

schieben demnach die ἀδελφόπαιδας, die Geschwister-Kinder geradezu ein; was Haloander sogar in den Novellentext selbst aufnimmt.

Eine zweite praktisch wichtige Frage ist die, ob nicht vielleicht die ganze Bestimmung von den ingratis fratribus durch die geänderte Successionsordnung in der Novelle 118. aufgehoben worden sei. Es fehlt zwar nicht an Rechtslehrern, welche dieses bejahen [2]). Allein ohne Grund. Denn,

---

1) Tom. IV. pag. 484.

2) J. B. Cocceji Jus contr. lib. V. tit. 2. qu. 9. Höpfner's Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß. IV. 3.

wie schon mehrfach bemerkt wurde, es hängt die ganze Bestimmung zusammen mit einer poena secundarum nuptiarum, welche zur Anwendung kommt da, wo die Mutter, zugleich mit ihren übrigen Kindern, ein Kind erster Ehe ab Intestato beerbt. So lange daher, nach der geltenden Successionsordnung, die Mutter zugleich mit ihren übrigen Kindern zur Intestatfolge gerufen ist, so lange ist die Bedingung und Möglichkeit der gesetzlichen Vorschrift unserer Novelle 22. vorhanden. Dazu kommt, daß dieselbe sich zunächst auf die Successionsfähigkeit der Mutter im Verhältnisse zu ihren Kindern erster Ehe bezieht, und nur in Rücksicht der Successionsordnung, nicht aber auch der Successionsfähigkeit, hat die Novelle 118. die früheren Gesetze aufgehoben [1]). Davon gehen auch die Basiliken aus. Ueberhaupt müßten diejenigen, welche das, was über die ingratitudo der fratres bestimmt wird, durch das spätere Recht für aufgehoben erklären, wenn sie sich irgend consequent bleiben wollten, die ganze poena secundarum nuptiarum, bei deren Gelegenheit jene Bestimmung vorkommt, ebenfalls für aufgehoben erklären. Denn auch sie ist gebaut auf die Concurrenz der Mutter mit ihren übrigen Kindern, bei der Intestatsuccession eines Kindes erster Ehe. So consequent sind aber jene Rechtslehrer nicht.

Eine dritte Frage von praktischem Interesse ist die, ob dasjenige, was von den mit der wieder heirathenden Mutter concurrirenden ingratis fratribus gesagt wird, auch auf den Fall Anwendung leidet, wenn der Vater, welcher zur zweiten Ehe geschritten ist, unter gleichen Verhältnissen mit seinen Kindern bei der Intestatsuccession eines Kindes erster Ehe concurrirt. Es fällt das zusammen mit der weiteren

---

Institut.-Comment. §. 477. und, wie es scheint, auch Glück Erl. der Pand. B. VII. S. 207. Not. 75.

1) Nov. 118. praef.

Untersuchung, ob die ganze s. g. poena secundarum nuptiarum, welche im sechs und vierzigsten Capitel unserer Novelle für die Mutter festgesetzt wird, auch auf den Vater Anwendung leidet.

Es ist hier nicht der Ort, in diese sehr weit führende Untersuchung [1]), für welche ich eine eigne besondere Abhandlung in einem der nächsten Hefte bestimme, tiefer einzugehen. Nur so viel mag hier gesagt seyn, daß man dabei nicht consequent verfahren ist. Denn, wenn man ein Mal diesen Nachtheil der zweiten Ehe auch auf den wieder heirathenden Vater ausdehnt, so muß man auch nothwendig weiter gehen und dasjenige, was von der Ingratitudo der Geschwister dabei gesagt wird, ebenfalls zu Gunsten des, mit seinen übrigen Kindern, einem Kinde erster Ehe ab Intestato succedirenden Vaters annehmen. Denn das Eine hängt mit dem Andern sehr genau und fast unzertrennlich zusammen.

---

1) Die Geschichte und Literatur der Controverse bei Glück. Erl. d. Pand. B. XXIV. S. 138. und in der Intestaterbfolge §. 154. S. 592. u. f.

XIX.

Ueber das neue Vorbringen in der höhern Instanz.

Von Linde.

Einleitung.

Der Begriff, welchen man mit der Appellation zu verbinden pflegt, wird nicht so bestimmt angegeben, daß daraus schon zu beurtheilen wäre, aus welchen Gründen dieses Rechtsmittel gebraucht werden dürfe. Daß jede Appellation wesentlich voraussetzt, daß eine Parthei durch das Benehmen eines Unterrichters sich beschwert erachte, ist unbestritten; ein Gravamen, wenigstens ein angebliches, ist Voraussetzung jeder Appellation, so verschieden diese auch wieder eingetheilt werden mag. Worin aber das Gravamen bei der gerichtlichen Appellation bestehen könne, darüber sind die Ansichten verschieden. Die Gesetze enthalten über die Bedeutung und den Zweck des Rechtsmittels so allgemeine Aussprüche, daß diese für eine ganz sichere Entscheidung einiger zweifelhaft gewordenen Fragen über den richtigen Gesichtspunkt für die Gründe zur Appellation kaum zureichen. Man kann den Zweck der Appellation weiter und enger auffassen, und darnach zu ganz entgegengesetzten Ansichten über die Zulässigkeit der Appellation, rücksichtlich der erforderlichen Beschwerde, gelangen.

Es läßt sich denken, daß durch die Appellation der höhere Richter blos veranlaßt werden soll, die gemachte Gesetzesauslegung und Anwendung des untern Richters zu prüfen, und nach Befund zu verbessern [1]; man kann aber auch den Zweck weiter fassen, und jeden Vorwurf, den eine Parthei dem Richter darüber, daß er nach der Aktenlage in iudicando oder in procedendo gefehlt, machen zu können glaubt, als hinreichende, aber auch als allein zulässige Appellationsbeschwerde betrachten, also darin den allein zulässigen Grund zur Appellation annehmen. Man kann aber noch weiter gehen, und die Appellation nicht blos aus dem Gesichtspunkte der Beschwerdeführung gegen das, nach der Aktenlage zu beurtheilende Benehmen des Richters betrachten, sondern sie als ein Mittel ansehen, wodurch das materielle Recht überhaupt unter allen Umständen befördert werden soll, und ihre Zulässigkeit deshalb nicht nothwendig davon abhängig machen, ob dem untern Richter wirklich in Ansehung des Verfahrens oder des Erkennens ein Vorwurf nach der Aktenlage gemacht werden kann, sondern es schon für zureichende Beschwerde halten, wenn eine Parthei, durch Anführung neuer, dem vorigen Richter gar nicht vorgelegener, also von ihm auch möglicher Weise nicht zu berücksichtigen gewesener Umstände, nachweisen zu können glaubt, daß sie verletzt sey, und selbst der verletzende Richter anders gehandelt haben würde, wenn er diese neuen Umstände gekannt hätte.

§. 1.

Römisches Recht.

Man hat behauptet, daß das römische Recht die Nichtconformität des Richterspruchs mit der Aktenlage, oder m. a. W. das Daseyn einer Beschwerde nirgends zur Bedingung

---

1) Mittermaier d. gem. d. bürgerl. Proz. B. 3. S. 6. u. daselbst Angef.

der Devolution an die höhere Instanz mache; im Gegentheil gebiete: der höhere Richter solle durch ein confirmirendes oder reformirendes Urtheil die Sache endigen, vorher aber sie nicht zurückweisen [1]), und dieses setze vorangegangene Devolution voraus. Deshalb gehöre zu den die Gerichtsbarkeit begründenden Requisiten keineswegs auch das Vorhandenseyn einer vom vorigen Richter zugefügten Beschwerde. Ohne Inconsequenz habe die Justinianische Gesetzgebung das Gegentheil auch nicht festsetzen können, weil sie die Appellation gegen andere Erkenntnisse als bedingte oder unbedingte Haupturtheile untersagt, sogar bei simpeln Interlocuten über Beweismittel und über die Zulässigkeit derselben, den Weg der Querel verschlossen, und dagegen den Partheien eine vom vorigen Richter versagte Zeugenabhörung oder Urkundenproduction in der höhern Instanz vorbehalten habe [2]).

Wenn daher die vorige Sentenz, nach den Vorakten und den darin enthaltenen Beweisen, Urkunden und Zeugenaussagen, auch als vollkommen tadellos erschiene, so haben sie dennoch in der höhern Instanz, wegen des Resultats der Aussagen neuproducirter Zeugen und Urkunden reformirt werden müssen. Diese Ansicht soll durch die Gesetze, ohne alle Einschränkung, ausgesprochen seyn [3]).

Es ist allerdings richtig, daß das Daseyn (die Wirklichkeit) einer Beschwerde, nirgends zur Bedingung der Devolution der Appellation an den höhern Richter gemacht

---

1) Const. 6. pr. de appellat. 7, 62.

2) Const. 36. de appellat. 7, 62. „Neque enim laeditur quis, si interea facta fuerit interlocutio, quae illi deneget ius competens, id est, vel testium productionem, aut praelectionem instrumenti: potest enim in appellatione omnia denudare vel exercere“.

3) Const. 6. §. 1. Const. 37. in f. de appellat. 7, 62. Const. 4. de tempor. et reparat. appell. 7, 63. v. Almendingen Metaphysik. S. 112—116.

ist; aber eben so gewiß ist es, daß die Möglichkeit einer Beschwerde eine solche Bedingung ist, und daß die Devolution eines Rechtsmittels an die höhere Instanz statt finden kann, ohne daß die Beschwerde selbst begründet ist; sonst wäre ja ein confirmirendes Erkenntniß in höherer Instanz etwas juristisch unmögliches. Indem die Gesetze erklären, der höhere Richter solle immer durch ein confirmirendes oder reformirendes Erkenntniß die Sache beendigen, setzen sie vorangegangene Devolution nothwendig voraus; allein daraus folgt nicht, daß nicht die Devolution durch die Möglichkeit einer Beschwerde, und selbst dadurch bedingt seye, daß der Appellant die Nichtconformität des Urtheils mit der Aktenlage wenigstens behaupten müsse, und daß durch die Wahrheit dieses Vorgebens die Zulässigkeit eines reformirenden Erkenntnisses nothwendig bedingt sey. Niemand hat scharfsinniger, als Almendigen selbst, nachgewiesen, daß nach allgemeinen Grundsätzen, sowohl der Theorie, welche davon ausgeht: daß die Appellation nur aus den Akten der vorigen Instanz begründet werden könne; als jener Theorie, welche nur voraussetzt: daß das vorige Urtheil, wenn gleich den Akten voriger Instanz vollkommen angemessen, doch der Sache (dem materiellen Rechte) nach beschwerend sey; es nicht an innerer Consequenz fehle [1]). Aus denselben Gründen kann aber auch für das deutsche gemeine Prozeßrecht der richtige Grundsätz nur aus den Quellen des positiven Rechts gefunden werden. Es kommt nur darauf an, welche Art von Beschwerde hiernach die Appellation bedingt. Denn daß Niemand appelliren könne, der sich nicht für beschwert erachtet, bedarf wohl keines Beweises; worin die Beschwerde bestehen könne, läßt sich aus allgemeinen Grundsätzen verschieden bestimmen; worin sie aber nach einem positiven Prozeßrechte bestehen solle, kann nur aus den positiven Rechts-

1) v. Almendingen a. a. O. S. 102—106.

quellen erkannt werden. Da nun nach allgemeinen Begriffen Jemand sich sowohl alsdann durch ein Urtheil beschwert fühlen kann, wenn dasselbe der Aktenlage nicht gemäß ist, als auch alsdann, wenn es zwar der Aktenlage vollkommen gemäß, aber dennoch dem wirklichen Rechte nicht entsprechend ist, so muß untersucht werden, welche Beschaffenheit der Beschwerde die positiven Gesetze voraussetzten. Einen ausdrücklichen völlig klaren Ausspruch finden wir hierüber nicht, und müssen deshalb die Frage aus dem Geiste der damit im Zusammenhang stehenden Bestimmungen zu lösen suchen.

Jede Gesetzgebung muß die nothwendige Beschaffenheit der Beschwerde in Consequenz mit dem engern oder weitern Zwecke der Appellation bestimmen. Hat diese nicht blos den Zweck, Mißgriffe, welche dem vorigen Richter nach der Aktenlage zur Last fallen, wieder zu verbessern, sondern ist sie auf eine Verwirklichung des wahren Rechts auch in dem Falle berechnet, wo die Akten, auf welche das unterrichterliche Urtheil ergangen ist, nicht geeignet sind, die Grundlage eines dem wirklichen Rechte entsprechenden Urtheils abzugeben; so kann auch nicht eine solche Beschwerde für nothwendig erachtet werden, welche sich aus den vorigen Verhandlungen begründen läßt, sondern es muß schon eine solche hinreichen, welche durch neues Vorbringen begründet zu werden vermag.

Es ist deshalb aber auch sehr begreiflich, wie man bei einer Gesetzgebung, welche neues Vorbringen in der Appellationsinstanz gestattet, in der wissenschaftlichen Erörterung sofort zurückschließt: daß sie bei der Appellation nicht nothwendig eine Beschwerde voraussetze, welche in dem unrichtigen Verhältnisse des vorigen Urtheils zu den Akten der vorigen Instanz ihren Grund habe. Die Richtigkeit dieses Schlusses nach allgemeinen Grundsätzen hängt davon ab, ob das neue Vorbringen vernünftiger Weise nur zur Rechtfertigung solcher Beschwerden, welche in dem Verhältnisse des

unterrichterlichen Urtheils zu den Akten der vorigen Instanz ihren Grund durchaus **nicht** haben, dienen kann; oder ob neues Vorbringen auch in dem Falle, wo die Beschwerde in dem Mißverhältnisse des unterrichterlichen Urtheils zu den unterrichterlichen Akten begründet ist, zur **Unterstützung** des Beschwerdegrundes zweckmäßig benutzt werden kann.

Von diesem Gesichtspunkte aus hat **Almendingen** die Sache aufgegriffen, und behauptet: daß es für sich klar sey, daß wenn einmal die Beschwerde aus den bloßen Vorakten gerechtfertigt sey, sie keiner weitern Unterstützung durch **Nova** bedürfe; daß aber, wenn ohne diese Unterstützung der Appellant oder Appellat seine Intention nicht zu erreichen vermögte, der Fall einer, aus den bloßen Vorakten zu rechtfertigenden Beschwerde unmöglich vorhanden seyn könne[1]). Die Vertheidiger der Ansicht, daß das neue Vorbringen **nur zur Unterstützung** einer schon durch die **Vorakten begründeten** Beschwerde, dienen dürfe, haben sich in eine solche allgemeine Prüfung nicht eingelassen[2]).

Almendingen's Ansicht ist den Regeln des Denkens ganz gemäß; aber es folgt daraus das Hergeleitete nicht. Denn wenn gleich das neue Vorbringen nur zur Unterstützung einer schon für sich begründeten Beschwerde benutzt werden kann, so lassen sich dennoch viele Fälle denken, und ereignen sich täglich, worin durch solche Unterstützung erst der Umfang der Beschwerde, die Größe des Anspruchs u. dergl., vollständig begründet wird. Wenn Gesetzgeber und Schriftsteller, welche das neue Vorbringen nur als Unterstützung schon durch die Vorakten begründeter Beschwerden angesehen wissen wollten, diesen Grundsatz in seiner praktischen Anwendung so beschränkt aufgefaßt hätten, so würde der Ansicht wirklich ein

---

1) **Almendingen** a. a. O. S. 107. f.

2) v. **Grolman** Theorie der gerichtl. Verf. §. 214. **Gönner** Handbuch III. S. 251. **Lauk** über den Ungehorsam in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. Würzb. 1827. §. 11. S. 66 ff.

wahres praktisches Ungeschick zum Grunde liegen; aber eben deshalb ist man schon berechtigt zu erwarten, daß eine genauere Prüfung dieser Ansicht in ihrer praktischen Bedeutung doch zu einem brauchbaren Resultate führe.

Wenden wir uns nunmehr zur Darstellung des Inhalts der positiven Gesetze selbst, so ergiebt sich, daß diese den Gegenstand unserer Untersuchung nicht mit der Schärfe behandelt haben, mit welcher die Wissenschaft ihn gegenwärtig gelöst haben will. Die Grundsätze, durch welche die Ansichten über diesen Punkt bestimmt werden, haben in der Gesetzgebung selbst gewechselt.

Wenn Ulpian lehrt: „Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est, qui nesciat, quipe quum *iniquitatem iudicantium vel imperitiam* recorrigat“[1]), so deutet dieses wohl darauf hin, daß das gravamen darin bestehen mußte, daß ein Theil nach der Aktenlage über ein fehlerhaftes Benehmen des Richters sich beschweren zu können, behaupten mußte. Die Ansicht: daß man früher bei der Appellation neues Vorbringen unbedingt gestattet[2]), oder gar blos nova als Grund der Appellation anerkannt habe, erscheint hiernach nicht so ganz zweifellos. Zu Diocletian's und Maximian's Zeiten war die Sache jedoch jedenfalls anders, und darnach scheint es beim Appellationsgrunde blos auf den zu vermittelnden Sieg des materiellen Rechts angekommen zu seyn[3]). Das entgegen-

1) Fr. 1. pr. de appellat. 49, 1.

2) Zimmern Gesch. des röm. Priv. R. B. 3. S. 513. nimmt dieses an.

3) Const. 6. §. 1. de appellat. 7, 62. „Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in iudicio acto fuerit omnissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur; cum votum gerentibus nobis aliud nihil in iudiciis, quam iustitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa, non excludenda videatur.“

gesetzte Prinzip haben aber Constantin[1]), so wie Theodos I., Arcadius und Honorius durch die Verordnung wiederhergestellt, wornach in zweiter Instanz über nichts entschieden werden darf, worüber nicht schon in der ersten verhandelt ist[2]). Diese beiden letzten Gesetze sind indessen in Justinian's Compilation nicht übergegangen; dagegen hat dieser selbst zwei hierher gehörige Gesetze erlassen:

Const. 4. de temporib. et reparat. 7, 63.

„Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori quam adversae parti, novis *etiam* assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae *non ad novum capitulum* pertinent, sed ex illis *oriuntur* et illis *coniunctae* sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognitores sine procrastinatione praeberi potuerunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis iam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine."

Const. 37. in f. de appellat. 7, 62.

„Novae *etiam* assertiones a partibus apud eundem, vel eosdem iudices *addi*, ad exemplum consultationis ad sacrum palatium introducendae permittimus."

Hiernach hat also Justinian die Beibringung von Novis bei den Consultationes wieder gestattet, und die da-

---

1) Const. 11. Cod. Theod. de appellat. 11, 30.

3) Const. 52. Cod. Theod. de appell. 11, 30.
„Nihil sub sacri iudicii examine, de ea parte negotii debet definiri, de qua nihil in exordio aput Praesidem, aut institutum fuerit aut probatum." Gothofred (ad Cod. Theod. T. IV. pag. 279.) behauptet gleichwohl, daß diese Bestimmungen mit der Const. 6. §. 1. cit. u. Const. 4. de temp. appell. 7, 63. harmonire.

bei geltenden Grundsätze auch bei Appellationen für anwendbar erklärt. Die Grundsätze selbst, welche Justinian aufstellt, bestehen darin: daß die Partheien zur Unterstützung des Grundes der Klage oder bereits vorgeschützter Einreden, neue Thatsachen anführen und beweisen, auch sich neu aufgefundener Beweismittel bedienen, aber auf keinen Fall neue Angriffsbehauptungen aufstellen dürfen [1].

Aus diesen Bestimmungen läßt sich die Ansicht, daß die Beschwerde blos auf neues Vorbringen gebaut werden dürfe, schon nach römischem Rechte auf keinen Fall beweisen, denn die ganze Fassung drückt zu bestimmt aus: daß das neue Vorbringen der vorhandenen Beschwerde nur unterstützend zugefügt werden sollte, daß man sein Recht auch durch neues Vorbringen sollte unterstützend begründen dürfen [2], und selbst dann, wenn man die Worte etiam addi auch auf die in der vorigen Instanz gebrauchten Gründe, und nicht auf die in der gegenwärtigen geführten Beschwerden bezieht [3], so wird dadurch doch kein Argument für die Behauptung gewonnen, daß man nur durch neues Vorbringen die Beschwerde solle begründen dürfen. Dazu kommt noch die ausdrückliche Anerkennung, daß neue Beweismittel nur insofern in höherer Instanz zugelassen werden sollten, als der Beweisführer das Beweismittel schon in voriger Instanz angezeigt hatte, aber damit nicht zugelassen worden war [4]. Freilich heißt es im Gesetze auch: potest enim in appellatione omnia denudare seu exercere [5]; und nach andern Stellen wurde die Rechtssprechung in appellatorio sehr

1) Heffter Institut. des Civilproz. S. 476. Zimmern Gesch. d. röm. Privatr. III. S. 532.

2) Gönner Handb. III. S. 267.

3) v. Almendingen Metaph. S. 116.

4) Const. 36. de appell. 7, 62.

5) Const. 36. cit.

begünstigt, indem man sogar gestattete, die zuerst aufgestellte causa appellandi certa hinterher wieder fallen zu lassen, und eine ganz andere aufzustellen [1]), wodurch der zur Herbeiführung des Appellationsverfahrens vorgebrachte Beschwerdegrund sogar ganz cessiren, und das Verfahren über erst später aufgestellte Beschwerden sich verbreiten konnte, weil es, um zur Appellation zugelassen zu werden, genügen mußte, wenn man auch nur una causa appellandi probabilis anzugeben im Stande war [2]); und in Uebereinstimmung hiermit, und dem Grundsatze, daß in Bezug auf neues Vorbringen die Rechte der Partheien gleich gehalten werden sollten [3]), auch von dem Appellaten ganz allgemein gesagt wird: si appellator semel in iudicium venerit, habere licentiam et adversarium eius, si quid iudicatis opponere maluerit, hoc facere etc. [4]); — allein aus allem diesem ergiebt sich dennoch nicht, daß die Beschwerde nicht nothwendig aus dem Verhältnisse des vorigen Urtheils zur Aktenlage resultiren mußte. Wie wenig man überhaupt geneigt war, ein der Aktenlage conformes Urtheil auf den Grund neuen Vorbringens abändern zu lassen, folgt auch schon daraus, daß man sogar bei der Restitution sehr schwierig war [5]), und daß Diocletian und Maximian und später noch Justinian es für nöthig hielten, durch besondere Verordnungen die Zulässigkeit des neuen Vorbringens zu gestatten, und man kann nicht annehmen, daß diese Verordnungen blos den Zweck gehabt hätten, die Grenzen für diese Befugniß festzustellen,

1) Fr. 3. §. 3. de appellat. 49, 1.

2) Fr. 13. §. 2. de appellat. 49, 1.

3) Const. 4. de temp. 7, 63.

4) Const. 39. pr. de appellat. 7, 62.

5) Const. 4. de re jud. 7, 50. „Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res iudicatas restaurari, exemplo grave est.“ Vergl. Const. 2. sentent. rescc. non posse. 7, 50.

denn mit den Verordnungen von Constantin, so wie von Theodos I., Arcadius und Honorius vertrug sich das neue Vorbringen wohl auf keinen Fall; und es mußte deshalb die Sache überhaupt erst wieder für zulässig erklärt werden.

Uebrigens ist es unvermeidlich, daß wenn einmal neues Vorbringen auch nur zur Unterstützung, gestattet, es in der Anwendung bald auch weiter benutzt wird. Sobald die Obergerichte sich an den Gedanken gewähnen, die unterrichterliche Thätigkeit nicht blos auf den Grund der unterrichterlichen Akten zu prüfen, wird das natürliche Streben, dem materiellen Rechte zum Siege zu verhelfen, bald dahin führen, sich um die, ohnehin oft höchst schwierige Untersuchung, ob die Nova blos unterstützend einwirken, nicht ängstlich zu bekümmern. Zum reformiren sind höhere Richter häufig sehr geneigt, selbst die gewissenhaftesten, und doppelt geneigt müssen sie werden, wenn sie die Ueberzeugung gewinnen, daß die Sache eine Reformatoria rechtfertige. Läßt man endlich wegen neu aufgefundener Beweismittel ohnehin Restitution gegen Urtheile zu, so ist es in der That vorzuziehen, auf bloßes neues Vorbringen in appellatorio reformiren zu lassen. Man verhütet dann wenigstens einen neuen Prozeß, und sanctionirt nicht auf einige Zeit ein offenbares materielles Unrecht als formelles Recht.

§. 2.

Canonisches Recht.

Das canonische Recht hat in dieser Lehre den Grundsatz: daß eine aus den Vorakten resultirende Beschwerde eine nothwendige Bedingung der Appellation sey, sehr bestimmt anerkannt [1]) und nur insofern zu einer wesentlichen Verän-

---

1) Cap. 38. 70. X. de appeltat. 2, 28. Es ist eine, mit nichts bewiesene, Behauptung Almendingen's (Metaph. S. 117.)

derung geführt, als auf den Unterschied zwischen Appellationen gegen Beiurtheile und Endurtheile, der Grundsatz über die Zulässigkeit der Nova verschieden angewendet wurde. Bei Appellationen von Beiurtheilen soll der Appellationsrichter auf neues Vorbringen durchaus keine Rücksicht nehmen [1]); bei Appellationen gegen Endurtheile, und solche Beiurtheile, welche gleiche Kraft eines Endurtheils haben, ist das römische Prinzip nirgends ausdrücklich geändert; vielmehr scheint man in einzelnen Stellen den Grundsatz indirect anzuerkennen, was schon daraus hervorgeht, daß man es für nöthig hielt, wegen der Appellation von Beiurtheilen das dem römischen Rechte entgegengesetzte Prinzip, als eine Eigenthümlichkeit besonders auszusprechen [2]) und aus andern Stellen, worin z. B. in der Appellationsinstanz neue Thatsachen und Beweisführungen zugelassen sind, dieses aber ausdrücklich damit gerechtfertigt wird, daß das neu Angeführte aus der frühern Verhandlung fließe [3]). Nur wegen des Ge-

daß alle, die Lehre von der Appellation betreffende, vom römischen Rechte abweichende Bestimmungen des canonischen Rechts einzig und allein auf die Appellation von Beiurtheilen angewendet werden müßten. Die Durchführung dieses Grundsatzes würde einen großen Theil unserer heutigen gemeinrechtlichen Grundsätze über die Appellation zerstören, und wäre es Almendingen mit jenem Grundsatze Ernst gewesen, so würden selbst seine prozessualischen Abhandlungen andere Resultate aufgestellt haben.

1) Clem. 5. de appellat. 2, 12.

2) Aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, kann die Clem. 5. de appellat. 2, 12. allerdings als Belegstelle für die Zulässigkeit des neuen Vorbringens bei Appellationen von Definitivurtheilen, und diesen an Kraft gleichen Beiurtheilen, benutzt werden, wodurch der Vorwurf, den Almendingen Metaph. S. 118. Note * Gönner und Grolman gemacht, abgewiesen wird.

3) Cap. 10. X. de fide instrum. 2, 22. „Cum igitur ab hac sententia ad nostram audientiam duxeris appellandum .... ex parte tua fuit propositum, supradictae domus venditionem non puram, sed conditionalem potius extitisse ...

brauchs der Zeugen fand auch hierbei eine durchgreifende Beschränkung statt [1]).

Dagegen fordert das canonische Recht, im Allgemeinen, weder der Bescheinigung noch einen Eid darüber, daß die neuen Gründe oder Beweismittel erst jetzt entdeckt seyen. Diejenigen, welche einen solchen Grundsatz aus Cap. 4. de electione in VI. 1, 6. abgeleitet, haben übersehen, daß hier eigentlich von einer außergerichtlichen Appellation im Sinne des canonischen Rechts [2]) die Rede ist, daß bei solchen Appellationen die Ursachen der Beschwerden mit der Appellationseinwendung speziell angegeben, und andere als die so angegebenen nicht berücksichtigt werden sollten [3]). Das Cap. 4. cit. enthält nun keinesweges eine allgemeine Vorschrift über die Bedingungen unter welchen in der Appellationsinstanz Nova vorgebracht werden können, sondern es macht nur eine Anwendung der Grundsätze des Verfahrens bei außergerichtlichen Appellationen, auf den Fall einer streitigen Wahl, und gibt die Bedingungen an, unter welchen, auch nach eingelegter außergerichtlichen Appellation, causae appellationis, welche bei der Einlegung nicht ausdrücklich aufgeführt waren, noch nachträglich vorgebracht und berücksichtigt werden sollten.

Schon Gönner hat die jenseitige Ansicht bekämpft [4]), und über das berührte Gesetz bemerkt, es sey darin zu der Appellation kein Eid erfordert. Nur wenn die Appellanten nach der Appellation etwas Neues vorbringen wollten,

---

quatuor nihilominus testibus ad hoc probandum inductis: quod etsi novum esset capitulum, pendebat tamen ex veteri."

1) Clem. 2. de testib. 2, 8. Vergl. Nov. 90. cap. 4. §. 1.

2) Zeitschrift Bd. 4. Abh. 9.

3) Cap. 1. de appellat in VI. 2, 15.

4) Gönner Handb. d. d. gem. Proz. III. 60. §. 10. S. 258. f.

sollten sie bescheinigen oder beschwören, daß es erst nach der Appellation entstanden, oder ihnen zur Zeit der Appellation unbekannt gewesen sey. Man könne aber einen Eid, welchen das Gesetz auf ein neues erst nach der Appellation zu machendes Vorbringen, einschränke, nicht zur Bedingung der Zulässigkeit eines neuen Vorbringens bei der Appellation machen. Gönner geht hierbei jedoch zum Theil von Ansichten aus, die nicht im Gesetze begründet sind. Denn das Gesetz schreibt allerdings einen Eid für das Vorbringen bei der Appellation vor, und dieser soll auch bei dem Vorbringen nach der Appellation wegen der nachgebrachten Nova wiederholt, daneben aber für diesen Fall noch ein anderer Eid abgeleistet und mit jenem ersteren verbunden werden. Allein alle diese Bestimmungen liefern keinen allgemeinen Grundsatz für die Lehre von den Novis in der Appellations-Instanz; sie beziehen sich, wie die ganze Behandlung im Cap. 4. cit. beweist, ausschließlich auf Appellationen gegen Wahlen.

§. 3.

Reichsgesetzgebung.

Die Reichsgesetze haben wiederholter und ausdrücklicher noch, als das canonische Recht, die Zulässigkeit des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz anerkannt, jedoch, folgend dem canonischen Rechte, zwischen Appellationen von Endurtheilen und solchen Beiurtheilen, welche gleiche Kraft als Endurtheile haben, und Appellationen von solchen Beiurtheilen welche nicht gleiche Kraft der Endurtheile haben, unterschieden. Bei Appellationen letzterer Art werden Nova nicht zugelassen[1]; bei denen ersterer Art aber wird unausgesetzt der Grundsatz anerkannt, daß Appellant und Appellat, etwas weiteres, als

1) C. G. O. v. 1507. II. §. 7. C. G. O. v. 1555. III. 31. §. 10. D. A. v. 1600. §. 113. Zeitschrift B. 4. S. 222 f.

in der ersten Instanz, beweisen und fürbringen dürfe, und daß hierüber wie in Sachen der ersten Instanz gehandelt werden solle[1]. Das Reichskammergericht hatte zwar einmal den Versuch gemacht, die Befugniß neue Gründe oder Beweise bei der Appellation vorzubringen, einigermaaßen zu beschränken, indem es durch einen Gemeine-Bescheid v. 13. December 1593. verordnete: „Bei denen gravaminibus appellationis soll jederzeit zugleich in Schrifften eigentlich vermeldet, womit und in welchen Punkten der Appellant sich beschwert befinde, auch sonderlich und in spezie, was er ferner als zuvor geschehen, und welcher gestalt von neuem zu beweisen begehre, sonsten die gravamina nicht zugelassen[2]"; allein durch den Deputationsabschied v. J. 1600. wurde dieses wieder aufgehoben, und verordnet:

„§. 114. Es seynd in den gravaminibus appellationum offtermals nit wenig zweiffel und obscuriteten fürgefallen, indem man sich nit resoluiren können, ob dieselbe ferner zu beweisen zuzulassen oder nit; vnd gemeinlich darin generaliter herdurch gangen; vnd fast allein prior libellus de verbo ad verbum repetirt; damit also der Richter mit vberflüssiger Besichtigung der acten beschwert wird. Ob nun gleich wol vns vnd den Ständen etliche ansehnliche bedenken eröffnet worden, wie solchem vorzukommen; jedoch dieweil schwerlich einige gewißheit darin zu treffen: wöllen wir, daß es bei der Ordnung, als dem gemeinen Rechten vnd dem vblichen Stylo gemeß, endlich verbleiben vnd bewenden zu lassen; dannenhero auch der An. 93. am 13. Dec. eröffnet gemeine Bescheidt hiemit endlich aufgehoben vnd cassirt seyn sol".

Dieser erwähnte Gemeinebescheid hatte offenbar die Bestimmung des Cap. 4. de electione in 6.[3] generalisirt, und

1) C. G. O. v. 1500. XV. §. 9. 10. C. G. O. v. 1507. II. §. 8. 9. 11. C. G. O. v. 1555. III. 33. §. 3. 4. 5.

2) S. Bergmann corp. iur. S. 369. Note.

3) Vergl. darüber den vorigen §.

auf alle Appellationen angewandt, und eine solche Verfügung war, als zweckmäßiges Abkürzungsmittel, wohl zu rechtfertigen; deshalb kam auch der J. R. A. §. 64. auf jenes einfachere Verfahren wieder zurück, indem er verordnete: daß ein jeder Appellant hinfüro seine gravamina appellationis jedesmal summariter, vnd Punkten weiß verfasset, gleich mit der Supplication pro processibus vbergeben, darin (ungehindert des D. A. v. 1600. §. 114.) absonderlich 1) worin er sich beschwert erachte, 2) was er besser zu beweisen, oder 3) von neuen vorzubringen gedenke, anzeigen solle. Damit harmonirend setzte der §. 73. d. J. R. A. weiter fest: daß es bei der C. G. O. v.1555. III. 33. §. 3. u. der D. A. v. 1600. §. 114. sein Bewenden behalte, also, daß in der Appellationsinstanz nicht allein, nach Ausweiß gemein beschriebener Rechten, was in priori instantia nicht vorkommen, oder deducirt worden, de novo zu deduciren und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht, ferner und besser zu beweisen verstattet werden solle; jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit, daß der Appellant, bei Einführung des Prozesses, sich zum Eid erbieten, und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig seyn solle, daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechts dienlich und nothwendig sey. Gleiche Meinung hat es mit dem Appellaten, wann derselbe in zweiter Instanz was Neues fürbringen wollte.

Wovon auch die eine oder andere Parthei in dem, was in priori instantia allbereits einkommen, veritatem et circumstantias facti besser erleutern, und ein mehreres ausführen oder beweisen wollte: soll es ihnen gleichfalls unverwehrt seyn [1]).

1) J. R. A. §. 74. Für den Mandatsprozeß ist der Gegenstand noch näher speziell erörtert. J. R. A. §. 77. 78.

Der J. R. A., welcher den, ehemals gebräuchlich gewesenen, Calumnieneid bei Appellationen [1]) zu einem wahren Appellationseid in der Art umänderte, daß derselbe im ersten Termine, sub poena desertionis vom Appellanten abgeschworen werden mußte [2]), erklärte jenen Eid wegen neuen Vorbringens für den Appellanten als einen Bestandtheil des Appellationseides [3]). Hiernach kommt dieser Eid für den Appellanten, und sogar für dessen Anwalt, als förmlicher, stets abzuleistender Appellationseid; für den Appellaten aber als ein Eid vor, der nur dann, wenn er etwas neues vorbringt oder vorbringen will, abgeleistet werden muß, und den der Anwalt des Appellaten nicht zu leisten hat.

Es ist von besonderer practischer Wichtigkeit die Bedeutung und den Zweck dieses Eides richtig aufzufassen. Er hat nicht, wie man gewöhnlich annimmt [4]), auch den Zweck ge-

---

1) C. G. O. v. 1507. III. 8. v. 1555. III. 32. §. 6.

2) Die Nothwendigkeit des ältern Calumnieneides hing von dem Begehren der Parthei ab. S. Gesetze der vorigen Note.

3) J. R. A. §. 118. „Zumalen aber jederzeit, zum Siebenden, das juramentum calumniä de non frivole appellando, wenn das privilegium ein anderes in sich nicht begreift, bei Reproducirung der Prozeß coram judice ad quem, in erstem termino, mit Vorzeigung eines special Gewalts, sowohl des Advocatens, welcher in der Appellation Sach dienet, als des Principalen selbsten, und zwar sub pöna desertionis abgelegt; danebens auch beeden, sowohl Principalen als Advocaten in dem Appellation Ayd, diese versicherte Clausel eingerückt, und der Appellant des Fugs, oder Unfugs Rechtens dahin erinnert werde, daß Er von seinem neuen Einbringen novorum deducendorum, so ihm bereits bei Ablegung des Ayds vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchten, in erster Instanz kein Wissenschaft gehabt, oder dieselbe damahlen einzubringen nicht vermöcht, oder für undienlich und unnöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß die ihm zu Erhaltung Rechtens dienlich sey."

4) Gönner Handb. III. S. 278. f. Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. IX. S. 66. f. Bayer Vorträge S. 474.

habt, die Befugniß des neuen Vorbringens in irgend einer Hinsicht zu erweitern, sondern gerade umgekehrt auch den Zweck das neue Vorbringen durch die Furcht vor dem Eide nicht in ein Mittel der Chikane ausarten zu lassen, und den bösen Vorsatz derjenigen zu unterdrücken, die im Verlaufe des Prozesses in unterer Instanz geneigt seyn dürften, gegen ihre bessere Ueberzeugung, Thatsachen und Beweise zurückzuhalten, solche zur Prozeßverzögerung und Täuschung des Gegners bis zur höhern Instanz zu ersparen, und durch immer wiederholte Weitläufigkeiten der Gegner zu ermüden [1]). Daß es nicht Absicht war, durch die Eidesformel den Umfang des neuen Vorbringens zu erweitern, sagt ja derselbe Paragraph der den Eid vorschreibt mit dürren Worten, denn es heißt: es sollte nach Ausweiß gemein beschriebener Rechte, was in priori instantia nicht vorkommen oder deducirt worden, de novo zu deduciren und zu beweisen seyn u. s. w.; es sollte also der Umfang des neuen Vorbringens durchaus unverändert bleiben. Wenn nun das Gesetz fortfährt: „jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit", daß der, darauf vorgeschriebene, Appellationseid geschworen werde; so geht offenbar aus der ganzen Fassung und dem Uebergange zur Eidesform unwiderlegbar hervor, daß dieser Eid, wie es ja überhaupt nur Zweck eines Calumnieneides und sonach jedes Appellationseides seyn kann, Mißbrauch verhüten sollte [2]). Der Eid hatte einzig und al-

1) v. Almendingen Methaph. S. 121. f. Es ist auffallend, wie diese so scharfsinnig als wahr entwickelte Ansicht Almendingens überall unberücksichtigt bleibt. Ich habe sie nirgends geprüft, noch weniger widerlegt gefunden.

2) Daß auch die Reichsgerichte diesen Zweck bei jenem Eide anerkannten, ergiebt sich aus mehreren Gemeine-Bescheiden, z. B. v. 13. März 1713., worin gegen das leichtsinnige Abschwören jenes Eides sehr strenge Strafen angedroht sind. Riedesel Vorträge an d. vollen Rath des R. K. G. S. 111.

lein den Zweck, das neue Vorbringen, wie es den bestehenden Gesetzen nach gestattet war, an eine Form zu binden, die im Voraus die Partheien zu redlicher Abkürzung des Verfahrens zu bestimmen im Stande war; denn wenn sie wußten, in der Appellationsinstanz nur dann mit neuem Vorbringen gehört zu werden, wenn sie eidlich versicherten, daß sie das an sich, d. h. den schon vor dem jüngsten Reichsabschiede bestehenden Gesetzen nach, zuläßige Novum entweder nicht gekannt zu haben, oder nicht in der Lage gewesen zu seyn, es früher vorbringen zu können, oder wenigstens es nicht für dienlich und nothwendig geachtet zu haben, davon früher Gebrauch zu machen; jetzt aber die Ueberzeugung hegten, daß es zur Erhaltung ihres Rechtes dienlich und nothwendig sey; so war dieser Eid allerdings ein sehr zweckmäßiges Mittel, die Partheien sowohl als Advokaten [1]) zu nöthigen, schon bei den Verhandlungen in erster Instanz, gewissenhaft zu überlegen, welche Angriffs- oder Vertheidigungsmittel sie zu benutzen haben, und nicht blos in Erwägung zu ziehen, ob einzelne jener Mittel nach den bestehenden Gesetzen noch als Nova in höherer Instanz zulässig seyn; sondern auch, ob sie deren späteres Einbringen mit dem alsdann zu leistenden Eide in ihrem Gewissen vereinigen können. Ja, nach dem Appellationseide sollten die Partheien, nicht alles, nach dem gemeinen Rechte im Allgemeinen zulässige neue Vorbringen, benutzen dürfen, sondern auch hierbei eidlich versichern: daß sie die Ueberzeugung haben „daß solches alles zur Erhaltung ihres Rechtes dienlich und nothwendig sey."

Wer möchte, wenn man aus diesem, gewiß richtigen, Gesichtspunkte das Reichsgesetz betrachtet, mit Gönner, jenen Eid einen bequemen Appellationseid nennen? Gewiß war er schon mancher gewissenhaften Parthei im höchsten Grade unbequem; gewiß hat er schon oft gewissenhafte

1) Die Reichsgesetze verlangen den Eid von beiden. J. R. A. §. 118.

Partheien zu einem vorsichtigen Handeln in unterer Instanz, zu sparsamen Gebrauche von neuem Vorbringen in der Appellationsinstanz bestimmt. Welches geeignetere Mittel mögte man vorschlagen können, auf einen moralischen Anwalt und Clienten mit Erfolg dahin zu wirken, daß sie in allen Instanzen mit weiser Sparsamkeit, die Angriffs- und Vertheidigungsmittel benutzten!

Auch darüber tadelt man mit Unrecht das Reichsgesetz, daß es in dem Eide darauf Rücksicht genommen, was eine Parthei anzuführen für dienlich erachtet.

Man übersehe doch nicht, daß dasselbe Gesetz die Parthei auch verpflichtet eidlich zu erhärten, daß sie das, was sie jetzt anzuführen für dienlich erachtet, in erster Instanz nicht für dienlich erachtet habe, und daß das dienlich Erachten allein noch nicht das neue Vorbringen zulässig macht, sondern dabei vorausgesetzt wird, daß es vor dem jüngsten Reichsabschiede auch ohne solche eidliche Erhärtungen zulässig war. Der jüngste R. A. hat sonach auch hierin die Befugniß zum neuen Vorbringen nicht erweitert und bequem gemacht, sondern verengt und manchem wohl sehr unbequem gemacht.

Auch die Ansicht, welche den Eid des jüngsten Reichsabschiedes §. 73. für einen Restitutionseid, und das neue Vorbringen als durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vermittelt, für zulässig geworden erklärt[1]), ist unhaltbar. Denn das Reichsgesetz nennt den Eid selbst einen Appellationseid[2]), und behandelt ihn als solchen; auch enthält der jüngste Reichsabschied überhaupt gar nichts von Restitutionen, und der Restitutionseid ist erst durch einen Gemeine-Bescheid v. 7. Juli 1669. eingeführt worden[3]), weshalb es unmöglich ist, daß der J. R. A. diesen Eid ge-

1) v. Grolman Theorie des gerichtl. Verf. §. 214.

2) J. R. A. §. 118.

3) Dieser, so wie ein anderer hierher gehöriger G. B. vom 7. Juli

meint haben kann. Zwar ist der Ristitutionseid dem Appellationseide nachgebildet, aber dennoch wesentlich verschieden, in seiner Veranlassung, seinem Fundamente, seiner Abfassung, seinem Zwecke, der Nothwendigkeit der Ableistung und der hierzu verpflichteten Personen.

Veranlaßt wurde er gerade dadurch „daß die Requisite des remedii restitutionis nicht beobachtet, nichts Neues vorgebracht, das alte verdrüßlich recapitulirt, und dadurch das restitutorium in ein revisorium verwandelt werde"; während der Appellationseid gerade umgekehrt dadurch veranlaßt wurde, daß man das zu leichte und oftere neue Vorbringen beschränken wollte. Sodann sollten, nach dem G. B. v. 1669. die Procuratoren mit spezial Gewalten von ihren Prinzipalen zu Abstattung des Eides, daß weder sie oder jetztgedachte ihre Prinzipalen und deren Advocaten von solchen neuem Einbringen vorher einige Wissenschaft gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn, nicht vermeint, jederzeit gefaßt erscheinen.

Erst der G. B. v. 1671. verordnete: daß, so wie das iuramentum appellationis in primo termino gerichtlich abzuschwören sey, also auch die Procuratoren bei den Restitutionen, sobald sie deswegen gerichtlich anrufen würden, das hierüber nunmehro absonderlich abgefaßte Jurament, nach Inhalt beikommenden Formeln sowohl spezial Gewalts als auch besagten Juramenti, in ihrer Prinzipalen und deren Advocaten, so dem Gewalt jedesmal mit einzuverleiben, so wie auch in ihrer der Procuratoren selbst eigner Seele, in eadem audientia, und unerwartet ferneren Bescheids, abschwören sollen. — Die Formulare der Spezialgewalt und des Eides lauten so: „Schwören sollen, daß sie von ihrem neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft gehabt, oder sol-

---

1671. wurden durch das Visitations-Decret v. 27. November 1713. genehmigt. Riedesel Vorträge. Vortr. II. §. 25. 26. S. 109. f.

ches doch zu der Sachen dienlich zu seyn nicht vermeint, sondern nunmehr gedachtes remedium restitutionis Platz zu haben, und hiezu die Sache von Rechtswegen, ohne Wiederholung desjenigen, so allbereit in facto et iure vorkommen, genungsam qualificirt zu seyn erachten".

Hieraus geht hervor, daß, während der Appellations-Eid nur von der Parthei und deren Advocaten ausgeschworen werden sollte, der Restitutionseid, seiner ursprünglichen Einrichtung nach auch von dem Procurator, sowohl in seine eigene Seele, als auch für den Prinzipal und Advocaten, abgeleistet wurde. Zwar hatte das Visitat. Decret v. 27. Nov. 1713. den Eid nur von der Parthei und dem Advocaten, nicht aber von dem Procurator gefordert; aber die Observanz hielt sich an die Bestimmungen der Gemeine Bescheide, weshalb die Procuratoren dann auch bei der Visitation Erklärung nachsuchten, die sie aber nicht erhalten haben [1]). Es ergiebt sich ferner, daß, während der Appellationseid gleich abgelegt werden mußte, beim Restitutionseide vorerst ein Erbieten hinreichte, denn so verordnete es der G. B. v. 1669. ausdrücklich, und so wurde der G. B. v. 1671., der freilich eine andere Erklärung zuläßt, angewendet [2]).

Auch enthalten der Appellationseid und der Restitutionseid so widersprechende Erhärtungen, daß Niemand beide gleichzeitig in derselben Sache für dasselbe Rechtsmittel sie abzuleisten im Stande ist. Denn wer könnte wohl schwören, daß er das remedium restitutionis für Statthaft halte, wenn er durch Einlegung der Appellation die Rechtskraft verhindert, also die Entscheidung in eine Lage gebracht hat, daß die Restitution nach gemeinem Rechte unmöglich statt finden kann?

---

1) Haas Etwas üb. d. G. B. v. 13. Mai 1785. Th. 2. S. 692. Zif. 4. Note d.

2) Haas a. a. O.

Ueberhaupt sind die beiden Rechtsmittel, Appellation und Restitution so verschieden in ihrem Wesen, daß eine Verschmelzung beider, oder auch nur eine gleichzeitige Cummulation durchaus unmöglich ist, denn die Zulässigkeit des einen schließt die Zulässigkeit des andern nothwendig aus, denn Appellation ist wesentlich bedingt durch ein beschwerendes noch nicht in Rechtskraft untergegangenes Urtheil; der Zweck des Rechtsmittels besteht in der Formalisirung des materiellen Rechts, und Devolution ist damit nothwendig verbunden. Neues Vorbringen ist dabei zulässig aber nicht wesentlich, sondern zufällig; dagegen ist Restitution wesentlich bedingt durch ein in Rechtskraft übergegangenes, also formelles Recht darstellendes, insofern nicht beschwerendes Urtheil; der Zweck dieses Rechtsmittels besteht in Wiederaufhebung des formellen, und insofern dem wirklichen gleich stehenden Rechte, und Devolution hat das Rechtsmittel niemals, und setzt neues Vorbringen wesentlich zur Begründung voraus. Deshalb ist der Streit, ob das zur Begründung Vorgebrachte wirklich neu ist, bei der Restitution präjudiciell [1]).

§. 4.

Von dem Umfange des neuen Vorbringens.

Man mag davon ausgehen, daß in der Appellationsinstanz neues Vorbringen nur zur Unterstützung einer durch die Voracten begründeten Beschwerde, oder auch zur alleinigen Begründung benutzt werden dürfe; so entsteht in jedem Falle die weitere Frage: ob das Recht des neuen Vorbringens nicht bestimmten Beschränkungen unterworfen sey?

Die älteren Prozessualisten entschieden diese Frage durch den Grundsatz: die Appellation habe rescissorische Kraft, das

1) Gönner Handb. III. 60. §. 12. S. 263. Almendingen Metaph. S. 122. u. S. 152. f.

heiße, sie setze den Rechtsstreit in die Lage zurück, in welcher er sich zur Zeit der Litiscontestation befunden habe, und leiteten daraus die Folge ab, daß man alle diejenigen Thatsachen, Beweise und Ausführungen, welche man zur Zeit der Litiscontestation habe vorbringen dürfen, auch noch in der Appellationsinstanz vorbringen könne [1]). Die Gesetze wissen indessen von jenem Grundsatze nichts, von dem gleichwohl noch Grolman, der denselben aus dem deutschen Prozesse zuerst verbannt wissen wollte, behauptet, daß er im römischen Rechte begründet sey [2]). Die Gesetzstellen, aus welchen man jenes Prinzip ableiten wollte, sind dieselben, aus welchen die Theorie über das neue Vorbringen abgeleitet wird [3]), und in welchen überhaupt von der Litiscontestation gar keine Rede ist. Der Grundsatz ist zudem in seiner Fassung möglichst unbestimmt, denn der Ausdruck: rem reducit ad statum litis contestatae, läßt es sogar zweifelhaft, ob die Zeit vor oder nach der Kriegsbefestigung gemeint ist [4]). Man kann übrigens den Grundsatz, als für die heutige Theorie aufgegeben betrachten.

Das Recht des neuen Vorbringens nennt die Schule das **Beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi**, und man behauptet:

I. allgemein, daß das **beneficium nondum deducta deducendi** in dem uneingeschränktesten Gebrauche keinem Zweifel unterworfen sey, weil den Partheien um so unbedenklicher die Befugniß zugestanden werden müsse, die in den bisherigen Verhandlungen liegenden Merkmale zusammen zu

---

1) Mehlen v. d. Appellation §. 23. Vergl. Almendingen Methaph. S. 139. a. E.

2) v. Grolman Theorie des b. Proz. §. 214.

3) Const. 6. §. 1. 2. Const. 37. de appellat. 7, 62. Const. 4. de tempor. et reparat. appell. 7, 63.

4) Gönner Handb. III. 60. §. 6. 7. S. 251. f.

stellen, und daraus die Rechtmäßigkeit des Anspruchs und die Verletzung herzuleiten, als der Richter ohnehin nach diesen Merkmalen hätte erkennen müssen, wenn sich ihm neue Ansichten als wahr aufgedrungen haben würden [1]). Gegen diese Ansicht läßt sich nichts erinnern, nur muß die Regel aber strenge auf noch nicht ausgeführte Deductionen bezogen werden, weil ein Wiederholen von Rechtsausführungen untersagt ist [2]), so wie bei Appellationen von Beiurtheilen, welche nicht die Kraft von Endurtheilen haben, es in dem Wesen des dabei eigenthümlichen Prozeßganges liegt, daß in zweiter Instanz nicht solche neue Rechtsausführungen vorkommen dürfen, die nicht insofern dem vorigen Richter vorgelegt wären, daß er sie zu dem Zwecke hätte prüfen können, ob er sich nicht bestimmt finde, die Beschwerde selbst noch zu heben.

Dagegen darf man nicht unbemerkt lassen, daß die Gesetze unter dem Deduciren nicht blos das Vorbringen von Rechtsausführungen, sondern auch neue factische Erörterungen und Ausführungen verstehen, von welchen das vorher, in Bezug auf neue Rechtsausführungen, Gesagte nicht gilt. Der Ausdruck beneficium nondum probata probandi, ist aber deshalb für das neue Vorbringen von Beweisen und Thatumständen, nicht erschöpfend, und die Theorie muß, wenn sie jenen technisch gewordenen Satz beibehalten will, ihn in seiner Vollständigkeit gebrauchen, oder er ist nicht umfassend.

II. Was nun den Umfang des Rechts, in der Appellationsinstanz neue Thatumstände und Beweise vorzubringen anbetrifft, so kann

---

1) Gönner a. a. O. §. 8. S. 256. v. Almendingen a. a. O. S. 101. Note.

2) J. R. A. §. 64. D. A. v. 1600. §. 114. C. G. O. v. 1555. III. 33. §. 6.

A. das neue Vorbringen niemals dazu benutzt werden, auf neue Thatsachen neue Ansprüche, seye es als Klage, als Einrede oder als Widerklage, zu gründen [1]), denn hierdurch würde offenbar die Identität des Rechtsstreits aufgehoben.

Diese Regel liegt schon bestimmt im römischen Rechte, „licentia pateat in exercendis consultationibus, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis coniunctae sunt, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae" [2]); wird anerkannt im canonischen [3]); sie folgt aus den Grundsätzen über die Klageänderung [4]), und die Präclusion der Einreden [5]). Daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage noch des Gegenstandes des Prozesses enthalten dürfe, wurde insbesondere durch die K. G. O. sehr deutlich anerkannt, wo es heißt: „Und soll in solchen Sachen, davon endt oder beyurtheilen, so krafft einer endturtheil haben, appellirt, solche beweisung, so viel deren zu Justification und vollnführung der Appellation dienlich, nit allein auß den Acten voriger Instantz, sondern auch aus neuen ursachen zu schöpfen zugelassen; Doch daß die neuen Artikel der Klage in erster Instanz gemäß, und aus derselbigen gezogen seyn, und nicht auf andere Klagen oder Sachen, darum nicht geklagt, gestellt werden" [6]); aber eben so deutlich geht aus derselben C. G. O. hervor, daß nur solche Einreden, welche schon in voriger Instanz vorgebracht, in der Appellationsinstanz wiederholt eingebracht werden konnten; denn es heißt

---

1) v. Grolman Theorie d. gerichtl. Verf. §. 214.

2) Const. 4. de temp. et reparat. 7, 63.

3) Cap. 10. X. de fide instrum. 2, 22.

4) Linde Lehrb. des Civilproz. Aufl. 3. §. 197.

5) Linde a. a. O. §. 203. 208. 209.

6) C. G. O. v. 1555. III. 33. §. 5. (Concept d. C. G. O. III. 39. §. 4.)

Th. III. Tit. 33. §. 4. „Dergleichen, so die andere Parthei peremtorias oder andere exceptiones von neuem einbringen und beweisen wollt, u. s. w.“, und es ist ein wesentlicher Unterschied, ob man eine neue Einrede (eine Einrede neu) vorbringt; oder ob man eine Einrede von neuem vorbringt; dieses letztere enthält ein wiederholtes Vorbringen.

In Bezug auf Einreden hat Gönner die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt. Er bestreitet zwar nicht, daß es consequent sey, Einreden, welche in einer Instanz präcludirt seyn, nicht mehr als Novum in höherer Instanz zuzulassen, behauptet aber, der jüngste Reichsabschied habe sich hier eine Inconsequenz zu Schulden kommen lassen; denn könne eine Parthei beschwören, daß sie das neue Vorbringen in voriger Instanz entweder nicht gewußt, oder es anzuführen nicht für dienlich oder nöthig geachtet habe, so stehe ihr keine Präclusivkraft im Wege[1]). Allein es ist schon oben ausgeführt, daß die Gönnersche Ansicht von der Bedeutung und dem Zwecke des Appellationseides, in dieser Beziehung, durchaus falsch ist. Geht man von einer richtigen Ansicht über den Appellationseid aus, so kann man keinen Augenblick darüber zweifelhaft seyn, daß es nicht im Geiste des §. 73. des J. R. A. liegen konnte (und in den Worten liegt es auch nicht) die durchgreifenden Folgen des §. 37. über die Präclusion der Einreden, durch das chikanöse Benehmen des Präcludirten vereiteln zu lassen. Eine Gesetzgebung, welche so schreiende Widersprüche sanctionirte, wie man sie hier dem Meisterwerke deutscher Legislation andichtet, verspottete ihre gründlichsten Institute. Es liegt im Begriffe der Präclusion, daß ihre Wirkung nicht durch Appellation, sondern nur durch Restitution aufgehoben werden kann. Da der J. R. A. im §. 73. nun blos von Appellation handelt, und darin einen Appellationseid, keineswegs einen Restitutionseid eingeführt hat,

1) Gönner Handb. III. 60. §. 18. S. 278. f.

so fällt es in die Begriffe, daß die Gönner'sche Ansicht dem Reichsgesetze einen juristisch gänzlich unzulässigen Sinn unterschiebt.

B. Die fernere Frage: ob das Beneficium novorum den Partheien[1] auch die Befugniß gebe neue Beweismittel in der zweiten Instanz vorzubringen, wird gleichfalls sehr verschieden beantwortet.

Um die Streitfrage gehörig festzustellen, ist zuerst deren Grund bemerklich zu machen, und sind darnach die Fälle, bei denen derselbe nicht eintritt, auszuscheiden.

Streitig wurde die Frage dadurch, daß man in dem Rechte des neuen Vorbringens eine Vernichtung der Präclusivkraft der Beweisfrist fand, wenn nach ergangenem Beweisinterlocut in der höhern Instanz noch neue Beweise zugelassen würden. Deshalb kann es, dem Grunde der Streitfrage nach, nicht zweifelhaft seyn:

1) daß eine neue Deduction der bereits vorgebrachten Beweisgründe, stets zulässig ist, denn dieses ist in der That nichts anderes, als ein Versuch, aus dem vorhandenen Material, durch eine, aus einem neuen Gesichtspunkte aufgegriffene Zusammenstellung, zu einem Schlusse zu führen, der den Grund der Beschwerde klar darstellt[2];

2) daß in allen Fällen, worin in höherer Instanz neue Thatsachen, für zulässig erkannt werden, es auch gestattet seyn muß, diese mit neuen Beweismitteln zu beweisen, weil sonst das neue factische Vorbringen durch bloßes Widersprechen der Wahrheit von Seiten des Gegners, wirkungslos ge-

---

1) Man muß die Untersuchung nicht blos auf den Appellanten stellen, wie es häufig geschieht, sondern auf beide streitende Theile, weil beide in Bezug auf neues Vorbringen gleiche Rechte haben, und gleichen Beschränkungen unterliegen.

2) Vergl. oben Num. I. u. Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. IX. S. 59.

macht würde. Auch kann die in erster Instanz erfolgte Präclusion darauf begreiflich keinen Bezug haben.

3) Endlich kann das Vorbringen neuer Beweismittel, überhaupt nicht als unstatthaft betrachtet werden, wenn in voriger Instanz keine Präclusion eingetreten ist.

Dieser letzte Grundsatz ist offenbar am umfassendsten, und nöthigt zur Untersuchung, inwiefern sich nach Grundsätzen des deutschen gemeinen Prozeßrechts von einer Präclusion des Beweises sprechen läßt?

Die Vollständigkeit und Klarheit dieser Untersuchung macht es nothwendig, erst die verschiedenen Formen des Beweisverfahrens nebeneinander zu stellen, und dann nachzuweisen, inwiefern darnach überhaupt ein peremtorischer Beweistermin vorkommen kann, und also Präclusion möglich ist.

Das römische Gerichtsverfahren war darauf berechnet, daß die Partheien mit der Herstellung des status causae et controversiae zugleich den Beweis erbrachten, und eine Leitung der Partheien durch den Richter auf das Beweisthema, die Beweislast, und selbst die Bestimmung einer Beweisfrist konnte dabei in einzelnen Fällen wohl vorkommen[1]), war aber nicht die Regel, und gab deshalb für die Bestimmung der Grundsätze über das Beweisverfahren keine Hauptrücksicht. Es war Sache der Partheien, sowohl die factische Grundlage ihrer zur richterlichen Entscheidung vorgelegten Rechtsverhältnisse dem Richter in der erforderlichen Klarheit zu entwickeln, als auch ihn von der Wahrheit der Thatsachen, auf welchen die Anerkennung des Rechts beruhte, zu überzeugen. So wenig, als im Voraus durch den Richter bestimmt werden konnte, worauf die factische Aufklärung ausschließlich, und in welchen Grenzen sie entwickelt werden sollte, eben so wenig wurde im Voraus das onus probandi,

---

1) Const. 1. de dilat. 3, 11.

und das davon unzertrennliche thema probandum bestimmt, und selbst Beweis und Gegenbeweis, directer wie indirecter, wurde äußerlich nicht geschieden. Die Beweisführungen bilden regelmäßig integrirende Theile der übrigen Verhandlungen. Da diese nun so lange fortgesetzt werden können, als es der Richter gestattet, so giebt es keine andere peremtorische Termine, als wenn endlich der Richter die Dilation versagt [1]), daher auch die fortdauernde Gültigkeit des Grundsatzes, daß man bis zum nächsten Definitivurtheile Beweis führen dürfe [2]). Erst nach beendigtem Verfahren prüft der Richter, wem und inwieweit das onus probandi aufgelegen, aber nicht gerade nothwendig zu dem Zwecke, um allenfalls besseren Beweis aufzulegen, sondern hauptsächlich und regelmäßig deshalb, um auszusprechen, wer definitiv zum Sieger oder Besiegten erklärt werden soll. Bei der Beurtheilung, wen die Beweislast getroffen habe, ob und wie viel bewiesen sey u. dergl., ist der Richter größtentheils auf die Natur des Rechtsverhältnisses und sein Arbitrium hingewiesen [3]), denn die Regeln, welche das röm. Recht über Beweis enthält, sind deshalb nicht erschöpfend, um den Richter bei der Beurtheilung nicht an Grundsätze zu binden, die, weil sie ohnehin nicht erschöpfend aufgestellt werden können, das Aussprechen der wirklichen Wahrheit, welche in iudicio gesucht werden sollte, nur verhindern könnten [4]). Ein eigentliches Beweisinterlocut, in der genauen Ausbildung, wie wir es jetzt in Deutschland finden, gab es also im römischen Verfahren nicht, und die allerdings

1) Tit. Dig. de dilationibus 2, 12. Cod. de dilat. 3, 11. Fr. 36. pr. de iud. 5, 1.

2) Const. 4. de except. 8, 36. Const. 14. de test. 4, 20.

3) Gellius N. A. XIV. 2. Quintilian Inst. Orat. V. c. 1 — 8. Vergl. überhaupt Zimmern Geschichte des röm. Privatrechts. B. III. §. 130 — 135.

4) Bethmann-Hollweg Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproz. S. 254.

vorkommenden prozeßleitenden Verfügungen[1]) sind damit gar nicht zu vergleichen.

Sonach lag es in der Organisation des Beweisverfahrens, daß ein Verbessern, Nachholen, neues Vorbringen des Beweises in höherer Instanz weit weniger Beschränkungen unterliegen mußte, als das neue Vorbringen von Thatsachen; denn durch neue Beweisführungen litt die Identität des Rechtsstreits in keinem Falle, wenn sie nur nicht durch das Faktum, worauf der Beweis gerichtet war, litt, und weil keine Zwischenverfügung rechtskräftig und deshalb unabänderlich wurde, und die darin liegende Beschwerde bei der Appellation gegen das Endurtheil noch gehoben werden sollte, so konnte eine, vor der Definitivsentenz, selbst auf die Beweisführung gerichtete ordnende Verfügung, nicht in dem Maaße normirend seyn, daß der Appellationsrichter nicht noch neue Beweise hätte zulassen können.

Dagegen konnte auch nach römischem Rechte eine Parthei in Folge einer Contumatia, und des Ausgangs des Contumacialverfahrens sich um die Befugniß, ihre Beweismittel zu benutzen, allerdings bringen, und die Wirkungen einer solchen Präclusion, konnten durch Appellation, die dem wahren Conumax nicht zustand, nicht wieder zerstört werden.

Das Verfahren[2]) der geistlichen Gerichte wich in der Form im Wesentlichen von der römischen nicht ab, denn wenn gleich das Beweisverfahren sich an die Litiscontestation schloß, und sonach einem bestimmten Theile des Rechtsstreits zugewiesen war, auch dabei auf die Verschiedenheit der Beweismittel etwas ankam, so kam es doch nur, wie auch im

---

1) Fr. 3. §. 1. de off. praef. vig. 1, 15. Fr. 32. de poen. 48, 19. Brisonius s. v. Interloqui u. Interlocutio. Vergl. überhaupt Mittermaier d. gem. deutsche bürgerl. Proz. Beitr. 2. S. 144 f. (Aufl. 2.).

2) Abweichungen in anderen Grundideen s. bei Bethmann-Hollweg. Versuche S. 254. f.

römischen Rechte, nur ausnahmsweise, zu einer, auf Führung des Beweises gerichteten prozeßleitenden Verfügung [1]), von der es jedenfalls sehr zweifelhaft seyn dürfte, ob sie ein der Rechtskraft fähiges Interlocut war.

Nach dem reichsgerichtlichen Verfahren bewegte sich die Beweisführung in sehr genau geordneten Terminen [2]), die seit 1594. bekanntlich, wie alle anderen Termine, Präjudizialtermine waren [3]), bei deren Nichteinhaltung zwar nach Umständen Prorogation gesucht, die aber nur unter angedrohtem Präjudiz bewilligt wurde; und wenn dieses demnächst purificirt war, so konnte der Beweis nachher nicht anders, als nach vorgängiger Restitution, noch nachgeholt werden [4]). Insofern bei dem reichsgerichtlichen Verfahren der Beweis wirklich präcludirt war, konnte nach richtiger Theorie der Appellationseid ein Nachholen des Präcludirten so wenig vermitteln, als das bei präcludirten Einreden der Fall war. Aber wesentlich wird dabei vorausgesetzt, daß zu dem Ende das gehörige Contumacialverfahren statt gefunden, und die Präclusion ausgesprochen war.

Gemeinrechtlich findet sich für die Beweisführung eine doppelte Form des Verfahrens, nämlich ein eigenes Verfahren für den Fall, wenn Beweis anticipirt ist, welches im Wesentlichen dem regelmäßigen Beweisverfahren des römischen, canonischen und Reichs-Rechts sich anschließt, und daraus offenbar hervorging, welches aber jetzt als die außerordentliche, von der regelmäßigen Form abweichende Verfah-

---

1) Cap. 9. X. de probat. 2. 19. Vergl. Goldschmidt Abhandl. aus d. deutsch. gem. Civilproz. S. 53.

2) Linde im Arch. f. civ. Prax. XII. S. 3—7. Goldschmidt Abhandl. S. 55. ff.

3) R. A. von 1594. §. 50. ff. Schmelzer Contumacialprozeß S. 43. ff.

4) Schmelzer a. a. O. S. 145.

rungsart betrachtet werden muß[1]), und das jetzt **regelmäßige Beweisverfahren**, welches durch die Praxis dem sächsischen Prozeßrechte hauptsächlich nachgebildet ist, und vermittelst eines Erkenntnisses, nach der Duplik, eröffnet, eine Abtheilung des ersten Verfahrens ausmacht[2]).

Betrachtet man die nun dargestellten Formen des Beweisverfahrens, so ergiebt sich, daß dem römischen, canonischen und reichsgerichtlichen Verfahren regelmäßig kein peremtorischer Beweistermin zum Grunde liegt, und derselbe Fall bei dem gemeinrechtlichen anticipirten Beweise eintritt.

Die Bestimmungen des römischen, canonischen und Reichs-Rechts über die Zulässigkeit eines **neuen** Beweises in der Appellationsinstanz können also auch nur in einem Falle Anwendung finden, worin in der vorigen Instanz ein Verfahren Statt fand, daß mit den Voraussetzungen jener Gesetze nicht im Widerspruche steht. Das ist der Fall beim anticipirten Beweise, wenn nicht derselbe hinterher wie das regelmäßige Beweisverfahren behandelt, also ein Beweisinterlocut mit einer peremtorischen Beweisfrist erfolgt ist, denn alsdann würden die für das regelmäßige Beweisverfahren gleich aufzustellenden Grundsätze eintreten, weil dadurch die Eigenthümlichkeiten des anticipirten Beweisverfahrens aufgehört hätten, und die des jetzt regelmäßigen eingetreten wären.

Das heutige regelmäßige Beweisverfahren leitet seinen Ursprung nicht aus einem Gesetze, sondern aus der Praxis ab. So wenig man die Rechtsbeständigkeit dieser Verfahrungsart in Zweifel ziehen kann, so wenig kann man aber auch mit Grunde in Abrede stellen, daß die dafür aufzustellenden Grundsätze nach ihrer Ableitung aus allgemeinen Principien und ihrer Bildung durch die Praxis anerkannt werden müssen. Die Praxis erkennt nun aber den im Beweiserkennt-

1) Linde Abhandl. aus d. deutsch. Civilproz. B. 2. S. 64. f.

2) Linde Lehrb. des Civilproz. §. 238.

niß festgesetzten Beweistermin immer für einen peremtorischen an, wenn ihn der Richter ausdrücklich dafür erklärt hat [1]). Aber auch dann, wenn dieses nicht geschehen ist, führen allgemeine Grundsätze dazu, der Beweisfrist peremtorischer Natur zuzugestehen, sobald man annimmt, daß das Beweisinterlocut der Rechtskraft fähig, und der Zeit nach in Rechtskraft übergegangen sey, denn dann muß man die Beweisfrist für eben so unabänderlich, wie jede andere rechtskräftige Verfügung ansehen [2]). Gesteht man aber jene Rechtskraft nicht zu, und hat der Richter die Beweisfrist auch nicht ausdrücklich für peremtorisch erklärt, so würde sie diese Eigenschaft durch das dritte Dekret jedenfalls nach allgemeinen Grundsätzen haben [3]).

Das Dasein einer peremtorischen Beweisfrist allein schaft mit ihrem Ablaufe nach den bekanntesten Rechtsgrundsätzen aber noch keine Präclusion; diese tritt, wenn ihr Eintritt nicht durch ein Gesetz als *ipso jure* erfolgend, ausgesprochen wurde, was bei der Beweisfrist nicht der Fall ist [4]), erst in Folge eines Contumacialantrags [5]) ein. Sobald aber Präclusion des Beweises förmlich erfolgt ist, kann das Präcludirte niemals durch Appellation, sondern nur durch Resti-

1) A. M. ist Gönner Handb. II. 27. §. 29. S. 288. f.

2) Heffter Institut. S. 355. §. 4. Wernher Obs. for. P. V. obs. 76.

3) Fr. 68—70. 72. de iud. 5, 1. Fr. 43. §. 1. de re iud. 42, 1. Const. 8. quomodo et quando iudex. 7. 43. Zenger üb. d. Vadimonium der Römer. S. 78. f. Bayer Vorträge S. 194. f.

4) Weshalb man auch niemals gemeinrechtlich von Desertion des Beweises sprechen sollte, denn wenn auch der Ausdruck lis oder causa deserta eine allgemeinere Bedeutung hat, Fr. 31. §. 2. de negot. gest. 3, 5. Fr. 54. §. 2. de re iud. 42, 1., so hat doch der Ausdruck Desertion im deutschen Prozesse eine engere Bedeutung technisch erhalten.

5) Linde Lehrb. des Civilproz. §. 178. Insofern ist auch die Darstellung Almendingen's Metaphysik S. 130 — 136. und Bayer's Vorträge S. 420. richtig.

tution, wieder hergestellt werden. Daß die Grundsätze über das Beneficium novorum nicht das entgegengesetzte Prinzip haben aufstellen wollen, dürfte aus der Darstellung des Verfahrens, welches dabei vorausgesetzt wurde, hinlänglich klar geworden seyn [1]).

Hiernach war von den älteren Theorien diejenige richtig, welche unterschied: ob der Producent wirklich innerhalb des ihm von dem Unterrichter gesetzten Beweistermins, den Beweis in erster Instanz angetreten habe, oder ob er solches nicht gethan habe, und der auferlegte Beweis präcludirt worden sey, und nur im ersten Falle dem Producenten die Befugniß gab, auch nach Ablauf des Beweistermins, seinen in erster Instanz für verfehlt erklärten Beweis in der zweiten Instanz durch neue Beweismittel (mit Ausnahme des Zeugenbeweises) noch zu ergänzen; im zweiten Falle aber eine solche Befugniß versagte, und den Producenten lediglich zur Restitution verwies [2]).

Die Richtigkeit dieser Unterscheidung folgt daraus, daß, wer seinen Beweis gehörig angetreten, wenn auch nicht gehörig erbracht hat, nicht präcludirt ist. Etwas anderes wäre es, wenn trotz der Beweisantretung der Product darauf antrüge, den Producenten mit allen nicht vorgebrachten Beweismitteln zu präcludiren, dann würde hierdurch der Producent im ersten Falle, rücksichtlich der nicht vorgebrachten Beweismittel, in dieselbe Lage versetzt, wie im zweiten, und müßte also auch derselbe Grundsatz gelten.

---

1) S. auch H. H. ab Engelbrecht Obs. sel. for. Obs. 59. Walbeck Controversen-Entscheidung. Braunschweig 1827. Th. 1. S. 172. f. Heffter Instit. S. 357. §. 56. S. 476. f. A. M. sind Gönner Handb. III. 60. §. 18. Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. IX. N. III. S. 62. f. Hagemann pract. Erört. (Ausg. v. Spangenberg) B. 8. Abth. 2. S. 90. f. Bayer Vorträge S. 419.

2) ab Engelbrecht l. c. Not. 2. Huld. ab Eyben Opp pag. 440. §. 21.

Sach-Register
zum vierten Bande.

(Die Ziffern weisen auf die Seiten hin.)

A.

B.

Giessen, gedruckt bei Carl Lichtenberger.

Druckfehler und Verbesserungen.

Seite 25 Note 1 l. Gajus l. c. §. 126 st. §. 26.
— 24 Zeile 1 u. 2 v. unten
— 28 — 16 v. oben u. Zeile 6 u. 7 v. unten
— 29 — 7 u. 8 v. oben u. Zeile 6 v. unten
— 34 — 10 u. 11 v. unten — l. Verträge, Vertragsverhältnisse st. Rechtsgeschäfte, Obligationsverhältnisse ꝛc.
— 29 — 10 u. 11 v. oben l. und andern Vertragsarten st. und den aus andern Rechtsgründen entstandenen Obligationen.

Hülfe der vorhandenen systematischen Werke so schnell zu genügen, als es oft nöthig ist, wohl selten jemand vermag, wofern er sich nicht etwa ausschliesslich damit beschäftigt. Auch für den Kaufmann, der oft unter Umständen, wo der Rath eines zuverlässigen Wechselrechtsgelehrten nicht bei der Hand ist, in den Fall kömmt, einen Wegweiser oder Warner in den ihm begegnenden Anstössen und Gefahren dringend zu bedürfen, ist ein solches Werk von Wichtigkeit. Deshalb hat denn Scherers im Jahre 1810 erschienenes Handbuch des Wechselrechts einen so grossen Beifall gefunden und ist selbst jetzt noch bei den Geschäftsleuten beliebt, obgleich einerseits ein schwerfälliger Canzleistyl nebst der Einmischung oft ganz ungehöriger civilistischer Belesenheit und müssiger Nebendinge es dem Kaufmanne, so wie gänzlicher Mangel an historischer und philosophischer Begründung und Durchbildung dem Rechtsbeflissenen verleidet und ungeniessbar macht, andrerseits die bald nach seinem Erscheinen eingetretene Umänderung der Gesetzgebungen vieler Staaten seine Brauchbarkeit bedeutend vermindert hat. Sind nun in dem hier angezeigten Werke diese Fehler vermieden und ist das dort Ermangelnde ergänzt worden, so darf der Verleger wohl hoffen, es werde eine günstige Aufnahme bei dem juristischen und kaufmännischen Publicum finden, um so mehr, da ihm der Herr Verfasser noch eine andere Art der Brauchbarkeit zu geben gesucht hat, die, eines Repertoriums der Wechselgesetze. Zu diesem Ende ist unter dem Schlagwort eines jeden mit Wechselgesetzen versehenen Landes oder Platzes nachgewiesen, wo jeder einzelne Abschnitt seiner Wechselordnung in diesem Werke zu finden ist, und so werden dem Praktiker kostspielige Werke von Siegel Uhl, Zimmerl u. A., wie das mühsame und zum Theil mit Schwierigkeiten verbundene Sammeln der vielen neuern, darin nicht enthaltenen Wechselgesetze völlig entbehrlich. Man wird sogar, da es namentlich im Siegel und Uhl ganz an Ordnung

und Registern fehlt, im vorliegenden Buche, trotz des doppelten Nachschlagens, eine Gesetzesstelle mit geringerer Mühe finden, als in jenen Werken.

Der Preis ist bei der bedeutenden Bogenzahl und dem sehr oeconomischen Drucke aufs billigste gestellt worden.

Dr. C. F. Vogel

Untersuchungen

über die

Bestandtheile, Natur und wissenschaftliche Stellung

des

Pandektenrechts,

nebst einem

Grundrisse zu Vorlesungen über das Obligationsrecht,

nach praktisch gültigen Grundsätzen.

---

gr. 8. 2 Rthlr.

Da bei den bisherigen systematischen Bearbeitungen des Pandektenrechts der praktische Werth dieser Wissenschaft für die Gegenwart fast durchgängig viel zu wenig berücksichtigt worden ist, so hielt es der Verfasser für nothwendig, seine historisch-kritischen Untersuchungen über die Eigenthümlichkeit der fraglichen Disciplin mit stetem Hinblick auf diesen Gesichtspunkt durchzuführen. In dem beigefügten Grundrisse zu Vorlesungen über das Obligationenrecht ist die Anwendung der in der Hauptschrift enthaltenen Ideen auf eine

Art und Weise versucht worden, welche es möglich machte, die Anforderungen des praktischen Bedürfnisses der Gegenwart dabei festzuhalten, ohne den höchst reichhaltigen Stoff der rein römischen Obligationstheorie zu vernachlässigen. Deshalb ist auch dem Grundrisse eine vollständige Chrestomathie von sorgfältig gewählten Beweisstellen aus den römischen Rechtsbüchern beigegeben.

---

und geachtetsten juristischen Schriftsteller unsrer Zeit ist von allen Seiten als eine höchst erfreuliche Erscheinung in der jurist. Literatur gerühmt worden. Das Werk beruht auf reinem, unmittelbarem Quellenstudium, auf der gründlichsten historischen Forschung und handelt die Verjährungslehre theoretisch und praktisch in ihrem ganzen Umfange und mit gleichmäßiger Berücksichtigung des römischen, so wie des canonischen und gemeinen deutschen Rechts ab; so, daß man darin auch die lehnrechtliche Verjährung, die Verjährung beim Näherrechte, bei den Schuldforderungen und Gewerberechten, die staats- und kirchenrechtliche Verjährung und die Verjährung des peinlichen Rechts findet. Dabei ist es voll interessanter Untersuchungen scharfsinniger Entwickelungen einzelner Gesetzstellen, neuer Ansichten und Aufklärungen. Durch ein ausführliches Sachregister ist für den praktischen Juristen, dem es meistens darum zu thun ist, sich bei vorkommenden Fällen schnell zu orientiren und das für ihn Brauchbare ohne Mühe aufzufinden, gesorgt.

W. F. Clossius

Hermeneutik

des

römischen Rechts

und

Einleitung

in das

Corpus juris civilis

mit einer

Chrestomathie von Quellen.

---

8 maj. 1831. 1 Rthlr. 6 Gr.

Der Herr Verfasser hat in diesem Werke jungen Juristen ein echt praktisches Handbuch übergeben, das ihnen beim gründlichen Studium des römischen Rechts nicht ohne vielfältigen Nutzen sein kann. In der Behandlungsweise ist er hauptsächlich dem Plane gefolgt, welchen Schrader (Hugo's civilist. Magazin Bd. 4.) für solche Vorträge angedeutet und der sich bereits als trefflich bewährt hat.

Die angehängte Chrestomathie hat einen doppelten Zweck; einmal, zu den verschiedenen Regeln der civilistisehen Hermeneutik die nöthigen Belegstellen zu geben, dann aber überhaupt aus dem gesammten Quellenvorrath des römischen Rechts bis auf Justinian eine Auswahl von Stellen mitzutheilen, die, obwohl gewöhnlich von exegetischen Vorträgen ausgeschlossen, dennoch als Vorbereitung für die Exegese des Justinianischen Rechts nothwendig sind.

Dr. F. A. Schilling
Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte.
Eine Kritik über Hugos Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts bis auf Justinian.

gr. 8. 1829. 2 Rthlr. 9 Gr.

Der Herr Verfasser hat hierin eine Reihe von kritischen Bemerkungen über Hugos Rechtsgeschichte aufgestellt (an die sich weiter ausgeführte historische Untersuchungen knüpfen), durch welche er zur Vervollkommung des Hugoschen Werks die interessantesten Beiträge geliefert und gewiß einem jeden Besitzer desselben, so wie allen denen, die die Geschichte des Rechts zu ihrem Studium machen, einen willkommnen Dienst geleistet hat.

Dr. C. G. Hauboldi
Opuscula academica

ad

exempla a defuncto recognita partim emendavit partim auxit orationesque selectas nondum editas

adjecit

C. T. C. Wenck

eoque defuncto absolvit

F. C. G. Stieber.

---

2 Vol. 8 maj. 1825, 1829.

Vol. I.	charta impr.	4 Rthlr.		
	charta impr. angl.	4	—	12 Gr.
	charta script.	5	—	
	charta velina	5	—	12 —
Vol. II.	charta impr.	6	—	
	charta impr. angl.	6	—	15 —
	charta script.	7	—	12 —
	charta velina	8	—	6 —

Diese so sorgfältig besorgte, an den gelehrtesten und gründlichsten Untersuchungen reichhaltige Sammlung sämmtlicher kleinen Schriften des um die Wissenschaft so unsterblich verdienten und leider so früh verewigten Haubold bedarf unstreitig keiner Empfehlung, um den Blick des Gelehrten auf sich zu ziehen und der Verle-

ger begnügt sich damit, hier den Inhalt derselben anzugeben:

Vol. I. Dissertationes:

1) De differentiis inter testamentum nullum et inofficiosum.

2) De legibus majestatis populi Romani latis ante legem Juliam.

3) De ritu obuagulationis apud Romanos.

4) et 5) De consistorio principum Romanorum.

6) De caussis cur idem et testato et intestato decedere non possit.

7) De tutore incerto.

8) Quatenus tutor excusatione usus legatum adscriptum amittat?

9) De temporibus continui et utilis computatione.

10) De mortis caussa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis.

11) De legato nominis.

12) De jure offerendi ex quo in priorum creditorum locum succeditur.

13) Successionem in priorum creditorum locum jure offerendi apud Romanos nixam, e foro Saxonico recte exsulare.

Orationes:

1) De studiis antiquitatum juris hodie regundis.

2) Quantum fructum ceperit jurisprudentia Romana et universa antiquitatis cognitio e recens inventis Gaii institutionibus genuinis.

3) De hastae in jure Romano usu symbolico recte interpretando.

4) De Philippi Melanchthonis in Jurisprudentiam insignibus meritis.

Vol. II. Dissertationes:

1) De emendatione jurisprudentiae ab Imp. Valentiniano III. A. instituta ad L. un (III.) Cod. Th. de respons. prudent.

2) De origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae.

3) De dotalitio necessario conturbata re mariti familiari non exigendo.

4) Historiae juris civilis Romani de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis, spec.

5) De edictis monitoriis et brevibus.

6) De responsorum mediorum in Digestis obviorum interpretatione.

7) Legis judiciariae utriusque, qua Saxonia Regia utitur, origines.

8) Notitia fragmenti Veronensis de interdictis.

9) Fragmentum Graecum de obligationum caussis et solutionibus, inprimis de stipulatione Aquilliana, ab Angelo Maio nuper in lucem protractum, nunc iterum editum et brevi adnotatione illustratum.

10) Ex constitutione Imperatoris Antonini quomodo, qui in orbe Romano essent, cives Romani effecti sint?

11 — 13) Exercitationum Vitruvianarum, quibus jura parietum communium illustrantur, spec. 1 — 3.

Orationes:

1) De insigni fructu, qui ex accurato juris Romani studio in ceteras juris disciplinas redundat.

2) De statu Judaeorum publico sub imperio Romanorum.

3) De studii juris difficultatibus nostra aetate auctis.

4) De frequentia litium per prudentiam legislatoriam minuenda.

5) De varia, qua studium juris in Acad. Lipsiensi per priora duo ejusdem secula usum est, fortuna.

6) De meritis Jurisconsultorum Lipsiensium in jus patrium.

Appendix dissertationum 6 quae communibus Hauboldi et discipulorum ejus studiis debentur.

Den zahlreichen, ihren trefflichen Lehrer und Freund gewiss noch heut in dem lebhaftesten und ehrendsten Andenken haltenden Zuhörern des Verfassers ist vorzugsweise diese Anzeige gewidmet.

Codicis Theodosiani
libri V priores
recognovit, additamentis insignibus
a
W. F. Clossio et A. Peyron
repertis aliisque auxit
notis subitaneis tum criticis tum exegeticis
nec non quadruplici appendice
instruxit
C. F. C. Wenk.

8 maj.

---

charta impr. 1 Rthlr. 21 Gr.
charta script. 2 — 3 —

Die wichtigen Bereicherungen, welche dem Theodosischen Codex, in so weit er uns nur durch das Breviarium Alaricianum in abgekürzter Form erhalten ist, durch die glücklichen Entdeckungen von Clossius und Peyron zugewachsen sind, konnten seitdem beim Gebrauch dieser Rechtsquelle nicht entbehrt werden, da durch sie der Inhalt der ersten fünf Bücher wesentliche Erweiterungen und Veränderungen erhielt, und obgleich Herr Pugge in Bonn einen Abdruck des neuen Fundes besorgte, so blieb doch dessen Benutzung mancher Unbequemlichkeit unterworfen, so lange er abgesondert vom Hauptwerke dastand. Deshalb war es gewiss ein recht glücklicher Gedanke des, der Rechtswissenschaft leider zu früh entrissenen Wenk, eine ganz neue Recension der sämmtlichen fünf ersten Bücher des Theodosischen Codex, mit Ein-

schaltung des neuen Fundes, und dadurch zugleich ein nothwendig gewordenes Supplement des Berlinischen Juris Antejustinianei, dem seine Ausgabe auch in Ansehung des Drucks möglichst ähnlich gemacht worden ist, zu liefern. Auf solche Weise ist der Gebrauch dieser Rechtsquelle erst recht bequem gemacht und vielfältig erleichtert worden. Uebrigens hat es der Herausgeber nicht blos bei Einschaltung der Entdeckungen von Clossius und Peyron bewenden lassen, sondern noch manches für seine Ausgabe gethan, wodurch er den Dank jedes Rechtsgelehrten verdient, namentlich durch Aufnahme mehrerer Supplemente, welche Hr. Prof. Hänel auf seinen Reisen in Spanien in mehreren Handschriften gefunden hat, einiger Constitutionen des Justinianischen Codex, die früher in dem echten Theodosischen standen, u. s. w. Auf diese Art sind jene fünf Bücher, so wie man sie bisher hatte, durch 151 Verordnungen, ausser den Gestis, welche wir Hrn. Clossius verdanken, vermehrt worden. Was nun aber die Berichtigung des Textes anbetrifft, so sind in dem neuen Funde bei Clossius mehrere Schreib- und Lesefehler berichtigt, so wie hin und wieder Peyrons Supplemente der verletzten Blätter durch wahrscheinlichere vertauscht worden, die Rechtschreibung der der Berliner Ausgabe gleichförmig gemacht, auch die Druckfehler der Ritterschen Ausgabe, was den früher bekannten Text der ersten fünf Bücher betrifft, gehoben worden, dadurch auch Veranlassung zu kritischen und historischen Anmerkungen entstanden, die, nebst schätzbaren Anhängen von Varianten u. s. w., so wie einer chronolog. Uebersicht der in den ersten 5 Büchern vorkommenden Constitutionen, eine gewiss gern gesehene Zugabe bilden.

J. D. Merbach

Entwickelung

des innern Wesens

öffentlicher Geschäftsvorträge

gegründet

auf die Natur der Mittheilung

und auf

die allgemeinen Grundsätze des Staatsdienstes und des öffentlichen Geschäftsganges.

---

gr. 8. 1 Rthlr. 3 Gr.

Jeder aufmerksame Geschäftsmann hat wohl während der Begebenheiten unserer Tage die Erfahrung gemacht, daß eine auf ruhige Zeiten und den gewöhnlichen Gang der Dinge berechnete Schulbildung keinesweges hinreichend sei, um unter den täglich wechselnden, neuen, schnell und unerwartet entgegentretenden Ereignissen des öffentlichen Lebens bestehen zu können, ohne sich nach Rath und Hülfe in öffentlichen Geschäften umzusehen. Findet er nun für einen wichtigen Zweig derselben, den öffentl. Vortrag, im angezeigten Buche einen kundigen und umsichtigen Führer, so darf der Verfasser desselben gewiß auf seinen Dank rechnen. Hauptsächlich muß es angehenden Geschäftsleuten, besonders vom Justizfache — denn diese hat der Verfasser zunächst im Auge — eine willkommene Gabe sein.

G. H. Sieveking,

Materialien zu einem vollständigen und systematischen

Wechsel - Recht

mit besonderer Rücksicht auf Hamburg.

Mit einer Vorrede und Anmerkungen von

C. U. D. von Eggers.

gr. 8, 18 Gr.

Der verewigte Sieveking fasste als Präses der Hamburgischen Kammerdeputation, welche die Unvollständigkeit und die Mängel aller bestehenden Wechselordnungen fühlte, den Entschluss, eine neue zu entwerfen, der Tod jedoch überraschte ihn, ehe er das Werk vollenden konnte, zu dem reiche Materialien gesammelt waren. Diese schon sind indess eine schätzbare Hinterlassenschaft, ein reicher Schatz von Erfahrungen und trefflichen Ansichten, der gewiss von keinem Juristen, der sich irgend mit dem Wechselrecht beschäftigt, ohne Nutzen aus der Hand gelegt werden wird, und der Herausgeber hat sich deshalb durch das Sammeln und Ordnen der Materialien, so wie durch die hinzugefügten trefflichen Anmerkungen, ein bleibendes Verdienst erworben.

